

PRZEGLĄD USTAWODAWSTWA GOSPODARCZEGO

Rok LXVIII • Nr 2 (800)

Warszawa Luty 2015

PL ISSN 0137-5490

Nr indeksu 371319

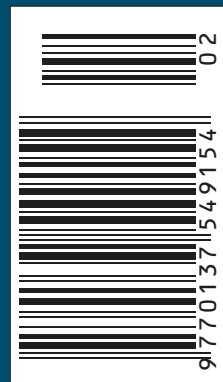
w numerze m.in.

Nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji
i konsumentów — najważniejsze zmiany
w polskim prawie antymonopolowym

Regulacje ostrożnościowe a kryzys finansowy
— agencje ratingowe

Nazwy prawie zastrzeżone w działalności
prowadzonej na rynku finansowym — z problematyki
ochrony oznaczeń przedsiębiorstwa

www.pug.pl



POLSKIE
WYDAWNICTWO
EKONOMICZNE



PRZEGLĄD USTAWODAWSTWA GOSPODARCZEGO

NR 2 LUTY PL ISSN 0137-5490

MIESIĘCZNIK

Redaktor naczelny:

Prof. UŁ dr hab. **Kazimierz Strzyczkowski**
(Uniwersytet Łódzki)

Sekretarz redakcji:

Mariusz Gorzka

Rada naukowa:

Prof. dr hab. **Jan Bieżyński** (Uniwersytet Warszawski)

Prof. dr nauk prawnych **Oleg Gorodow** (Państwowy
Uniwersytet w Sankt Petersburgu, Rosja)

Prof. **Heibert Hirte** (Uniwersytet w Hamburgu, Niemcy)

Dr hab. **Robert Jastrzębski** (Uniwersytet Warszawski)

Prof. dr hab. **Peter-Christian Müller-Graff** (Uniwersytet
w Heidelbergu, Niemcy)

Doc. **Oleg P. Lichichan** (Dyrektor Instytutu Prawa
Państwowego Uniwersytetu w Irkucku, Rosja)

Prof. dr hab. **Karol Sobczak** (Szkoła Główna Handlowa)

Prof. dr hab. **Elżbieta Skowrońska-Bocian** (Uniwersytet
Warszawski)

Dr hab. **Marek Szydło** (Uniwersytet Wrocławski)

Prof. **Ruth Taplin** (University of Leicester, Wielka
Brytania)

Dr **Ryszard Tupin** (Uniwersytet Warszawski)

Adres Redakcji

00-099 Warszawa, ul. Canaletta 4
tel. (22) 827 80 01; fax (22) 827 55 67

E-mail: pug@pwe.com.pl

Wydawca

Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne SA

00-099 Warszawa 84, skr. poczt. 91

E-mail: pwe@pwe.com.pl

WARUNKI PUBLIKACJI:

<http://www.pug.pl>

PRENUMERATA na 2015 r.:

„RUCH” SA

Zamówienia na prenumeratę w wersji papierowej
i na e-wydania można składać bezpośrednio na
stronie www.prenumerata.ruch.com.pl
Ewentualne pytania prosimy kierować na adres
e-mail: prenumerata@ruch.com.pl lub kontaktując
się z Centrum Obsługi Klienta „Ruch” pod nume-
rami 22 693 70 00 lub 801 800 803 — czynne
w dni robocze w godzinach 7⁰⁰–17⁰⁰. Koszt połą-
czenia wg taryfy operatora

Garmond Press SA — Dział Prenumeraty

tel. (22) 837 30 08

<http://www.garmondpress.pl/prenumerata>

Kolporter SA — Departament Dystrybucji Prasy

tel. (22) 355 04 72 do 75

<http://www.kolporter.com.pl>

GLM Sp. z o.o. — Dział Dystrybucji Prasy

tel. (22) 649 41 61

e-mail: prenumerata@glm.pl

<http://www.glm.pl>

As Press — tel. (22) 750 84 29, (22) 750 84 30

Poczta Polska SA — infolinia 801 333 444

<http://www.poczta-polska.pl/prenumerata>

Sigma-Not — Zakład Kolportażu

tel. (22) 840 30 86

e-mail: bok_kol@sigma-not.pl

Terminy prenumeraty:

- do 30 listopada dla prenumeraty realizowanej
od 1 stycznia następnego roku;
- do końca lutego dla prenumeraty realizowanej
od II kwartału bieżącego roku;
- do końca maja dla prenumeraty realizowanej
od III kwartału bieżącego roku;
- do końca sierpnia dla prenumeraty realizowanej
od IV kwartału bieżącego roku.

Cena prenumeraty:

Roczna — 648,00 zł Półroczna — 324,00 zł

Prenumerata u Wydawcy:

Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne SA

00-099 Warszawa, ul. Canaletta 4

bialek@pwe.com.pl

Prenumerata roczna — 25% rabatu: 485,98 zł

Prenumerata półroczna — 10% rabatu: 291,63 zł

Nakład: 850 egzemplarzy

Cena 1 egz. — 54,00 zł (w tym 5% VAT)

Skład i łamanie:

Zdzisław Wasilewski, Warszawa, ul. Resorowa 28, tel. 605 105 574

Druk:

Lotos Poligrafia sp. z o.o., Warszawa, ul. Wał Miedzeszyński 98,
tel. 22 872 33 66

TREŚĆ NUMERU

ARTYKUŁY

Małgorzata Burzyńska, Akademia Leona Koźmińskiego

Regulacje ostrożnościowe a kryzys finansowy — agencje ratingowe
Prudential regulation against financial crisis — credit agencies

2

Igor B. Nestoruk, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

**Nazwy prawnie zastrzeżone w działalności prowadzonej na rynku
finansowym — z problematyki ochrony oznaczeń przedsiębiorstwa**
(cz. 2)

Specific designations in the financial sector — remarks on the legal
protection of business names (part 2)

13

GLOSSA

Grzegorz Głanowski, Uniwersytet Jagielloński

Status prawny SPZOZ — glosa do wyroku Sądu Najwyższego
z dnia 22 lipca 2014 r. sygn. akt III UK 192/13

Legal status of independent public health care establishment
— interpretation of Supreme Court award of 22 July 2014,
ref. no. III UK 192/13

20

**Nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji
i konsumentów — najważniejsze zmiany w polskim
prawie antymonopolowym (cz. 1)**

Amendment to the act on competition and consumer protection — the main
changes in polish antimonopoly law (part 1)

I

Nowe instrumenty ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

II

Małgorzata Sieradzka, Uczelnia Łazarskiego

**Odpowiedzialność osoby zarządzającej za naruszenie zakazu
praktyk ograniczających konkurencję — zwiększenie
skuteczności karania za kartele?**

Personal liability of individuals managing a company for competition
restricting practices — will it really improve the effectiveness of sanctions
in cartel cases?

III

Małgorzata Sieradzka, Uczelnia Łazarskiego

Marian Zdyb, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej

Procedura settlement — ugoda w prawie antymonopolowym?

Settlement procedure — can it be considered a settlement in antimonopoly
law?

VI

Jarosław Sroczyński, radca prawny

**Tzw. środki zaradcze (remedies) w znolizowanej ustawie
antymonopolowej: istotny wzrost uprawnień Prezesa UOKiK**

Remedies in the amended Antimonopoly Law: significant increase
of decision-making powers of the President of the OCCP

IX

Szanowni Czytelnicy i Autorzy

Archiwalne artykuły z 2014 r. już dostępne na stronie internetowej naszego pisma.
Co miesiąc wraz z nowym numerem PUG-u kolejny numer archiwalny:
<http://www.pug.pl/archiwum>

W najbliższych numerach:

- Zmiany w przepisach regulujących kary pieniężne za naruszenie ustawy o ochronie
konkurencji i konsumentów
- Sprzedaż alkoholu przez Internet

„Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego”
jest czasopismem naukowym punktowany przez
Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego (7 punktów)

Regulacje ostrożnościowe a kryzys finansowy — agencje ratingowe

Prudential regulation against financial crisis — credit agencies

dr Małgorzata Burzyńska

Streszczenie

Artykuł omawia ramy prawne działalności agencji ratingowych jako jedną z przyczyn kryzysu na rynku finansowym oraz reformę regulacji w tym zakresie jako odpowiedzi na kryzys. Agencje ratingowe, w kontekście kryzysu finansowego, wskazane były wielokrotnie przez gremia wspólnotowe, ośrodki naukowe i publicystykę jako instytucje, które przyczyniły się do powstania sytuacji patologicznej w działalności banków i firm inwestycyjnych, głównie przez tworzenie zachęt do podejmowania nadmiernego ryzyka, działanie w warunkach konfliktu interesów, nietrafne prognozy. Podkreślano wielokrotnie, że poważnym błędem organów publicznych było dopuszczenie do funkcjonowania na rynku globalnym przedsiębiorstw wywierających znaczący wpływ na strategię inwestycyjną instytucji finansowych, pozostających poza jakimkolwiek nadzorem ostrożnościowym.

Poważne nieprawidłowości w działalności agencji ratingowych w połączeniu z brakiem nadzoru nad ich działalnością oraz brakiem środków prawnych przeciwdziałających zaobserwowanym patologiom doprowadziły do kryzysu angażującego w rezultacie poważne środki publiczne w celu ratowania gospodarki. W latach 2009–2013 podjęto w Unii Europejskiej reformę prawa regulującego działalność agencji ratingowych. Zmiany miały objąć zwiększenie przejrzystości sposobu prowadzenia działalności przez agencje, w tym struktur i powiązań korporacyjnych, metodologii nadawania ocen, objęcie agencji ratingowych nadzorem i zapewnienie konkurencyjności na rynku usług ratingowych. W artykule poddaje analizie krytycznej wprowadzone zmiany pod względem ich spójności, skuteczności i prawdopodobieństwa osiągnięcia zakładanych celów.

Słowa kluczowe:

kryzys finansowy, agencje ratingowe, oceny ratingowe, Europejski Nadzór Bankowy, regulacje ostrożnościowe.

Summary

Article concerns regulatory framework for rating agencies commonly considered as a trigger for financial crisis and reform of legislation aiming at addressing that problem. Financial crisis has been analysed many times after crises became a fact. Credit agencies have been pointed out by European Union gremia, academic and public media as contributing much to the malfunctioning of credit institution and investment firms, encouraging excessive risk, providing their ratings to banks despite conflicts of interests, missassessments, lack of knowledge and responsibility. It has been highlighted that authorities made substantial mistake allowing three entrepreneurs to influence investment strategy of financial institutions active on global market beyond any prudential supervision. Substantial problems with functioning credit agencies as well as lack of supervision and supervisory measures against irresponsible or fraudulent functioning of credit agencies resulted with financial crisis. It resulted with engaging public resources to support global economy. Between 2009–2013 EU public institutions took up three staged reform of a legal framework for credit agencies. Main changes were aiming at transparency of their functioning including corporate liaisons and conflicts of interests, methodology, supervising credit agencies and promoting competitiveness on the rating market. In the article I analyze aforementioned changes of law from the point of view of their consistency, effectiveness and efficiency.

Key words:

financial crisis, rating agencies, ratings, European Banking Authority, prudential regulations.

Wstęp

Kryzys finansowy, z jakim globalna gospodarka boryka się od początku 2008 roku, ujawnił niedoskonałości funkcjonowania podmiotów sektora usług finansowych i skutki działania mechanizmów rynkowych. Nasilenie kryzysu pokazało powszechne społeczne oczekiwanie na reakcję władz publicznych. Oczekiwanie to wyrażali w mniejszym stopniu klienci instytucji finansowych, a w znacznie większym sami przedsiębiorcy. Organizacje międzynarodowe podjęły działania w postaci licznych spotkań, zgromadzeń, publikowania artykułów, deklaracji, diagnoz i analiz dotyczących przyczyn i przejawów kryzysu finansowego. Władze publiczne, zawieszając chwilowo retorykę liberalizmu gospodarczego, zdecydowały się na udzielenie rządowych gwarancji dla pożyczek międzybankowych, dokapitalizo-

wanie banków, a także zwiększenie kwoty gwarantowanych depozytów. Literatura podaje, że państwa strefy euro przeznaczyły na wsparcie banków środki w wysokości przekraczającej 23% PKB wszystkich państw tej strefy. Budżet niemiecki w latach 2009–2010 przekazał na ten cel kwotę równą 2% PKB, przy czym deficyt budżetowy tego kraju w 2010 r. przekroczył 6% PKB. Prawdopodobnie jest to najwyższy deficyt od czasu II wojny światowej. Dostrzegalnym symptomem recesji są trudności ze znalezieniem pracy, emigracja prowadząca do pustoszenia całych regionów państw dotkniętych kryzysem, jak Portugalia, a także widoczny brak pomysłu władz publicznych na zarządzanie recesją na rynku pracy.

Radykalną postawę wobec kryzysu wyraziło społeczeństwo Islandii, które jako pierwsze odczuło jej skutki, wypowiadając się w licznych sondażach negatywnie zarówno

w sprawie przystąpienia do Unii Europejskiej, jak i strefy euro, a nawet kontynuowania negocjacji rządu Islandii w tej sprawie. Co ciekawe, nastroje społeczeństwa tego państwa w latach 2008–2013 radykalizują się i niechęć do integracji walutowej i gospodarczej rośnie¹. Na tle takich nastrojów społecznych i politycznych pojawiły się liczne opracowania stałych, albo powoływanych *ad hoc* gremiów uniijnych, omawiające zaistniałą sytuację, próbujące wskazać przyczyny powstania i sposoby wyjścia z kryzysu.

Powołana pod kierunkiem Jacques de Larosiere grupa² opublikowała wyniki swoich przemyśleń i wskazała zwyciężkę kilka źródeł kryzysu. Wśród wielu publikacji, jakie dotyczyły przyczyn kryzysu, *Raport de Larosiere* zdobył sobie od razu poczesne miejsce jako najtrafniej i najbardziej kompleksowo je diagnozujący, jak też klarownie wskazujący sposoby zapobieżenia w przyszłości patologiom na rynku finansowym. Inne opracowania dotyczące tej materii przyjmują zazwyczaj bezkrytycznie przedstawione w nim twierdzenia i biorą je jako punkt odniesienia dla oceny działań organów publicznych oraz kierunku zmian prawa³. Raport ten jest często powoływany jako inspiracja reform nadzoru nad rynkiem finansowym.

Nie sposób kwestionować autorytetu i kompetencji grupy działającej pod kierunkiem Jacques de Larosiere do formułowania trafnych sądów. W jej skład weszły bowiem osobistości piastujące najwyższe funkcje we władzach kształtujących politykę monetarną, finansową oraz ostrożnościową w latach bezpośrednio poprzedzających kryzys. Na podstawie zgromadzonych obserwacji i doświadczeń, wskazali w *Raporcie* szereg błędów popełnianych przez kierowane przez siebie organy publiczne, instytucje finansowe i inne podmioty aktywne na rynku finansowym⁴. Przede wszystkim *Raport* krytykuje nietrafną ocenę zarówno przez banki, jak i podmioty odpowiedzialne za regulacje i nadzór finansowy ryzyka, lekceważenie zależności między kredytem a płynnością, bagatelizowanie pogarszającego się stanu finansów banków maskowanego przez tzw. dźwignię kapitałową. Skutkiem tego było błędne zarządzanie ryzykiem i niedoszacowanie kapitału, jaki banki powinny posiadać.

Funkcjonowanie agencji ratingowych jako jedna z przyczyn kryzysu

Jako istotne przyczyny kryzysu wspomina się często w *Raporcie* wadliwe funkcjonowanie organów nadzoru bankowego i złe prawo. Autorzy raportu wielokrotnie podkreślają poważne zaniedbania oraz błędy popełniane w zarządzaniu bankami, krytykują ład korporacyjny, który wręcz promował nieodpowiedzialne i krótkowzroczne podejmowanie decyzji, nadmierne ryzyko i nieuczciwość, zapewniał bezkarność zarządu wobec rad nadzorczych i ukrywanie za fasadą procedur prawdy o stanie finansowym banków zarówno przed radami nadzorczymi, jak i właścicielami banków. Członkowie organów oraz kadra zarządzająca bankami nie rozumiała opracowywanych przez swoich podwładnych, albo zleceńbiorców zewnętrznych, zatwierdzanych przez siebie i stosowanych w bankach, którymi kierowali, wewnętrznych modeli szacowania ryzyka. Aby w przyszłości uniknąć podobnego kryzysu, autorzy *Raportu*

sformułowali kilka postulatów, w tym związanych z koniecznością naprawy złego prawa.

Zdaniem *Raportu*, do powstania kryzysu w znacznym stopniu przyczyniły się agencje ratingowe. Autorzy *Raportu* zarzucili im brak niezależności, działanie w warunkach konfliktu interesów polegającego na czerpaniu dochodów z nadawania ocen inwestorom, którym świadczyli także usługi doradztwa inwestycyjnego. Agencje czerpały zatem dochód z nadawania instytucjom finansowym ocen, opisujących trafność inwestycji, których przeprowadzenie agencja sama doradzała. W *Raporcie* wytknięto niską wiarygodność nadawanych w takich warunkach ocen ratingowych, sporządzanie nietrafnych, a także stronniczych, czy wręcz kumoterskich ekspertyz inwestycyjnych, brak publicznego nadzoru nad działalnością agencji.

Organy nadzoru, zdaniem Autorów *Raportu*, nie mogły skutecznie nadzorować agencji ratingowych, brak było podstaw prawnych przeciwdziałania konfliktom interesów i zapewniania niezależności agencji tam, gdzie wyniki ich pracy podniesiono do rangi publicznie dostępnych i obiektywnych ocen. Mechanizm wolnego rynku zadziałał w przypadku ocen ratingowych w taki sposób, że emitenci zwracali się do różnych agencji w poszukiwaniu takiej, która nadałaby emitowanym przez nich instrumentom finansowym najwyższą ocenę. Było to tym ważniejsze, że organy regulacyjne rynku finansowego wymagały od firm inwestycyjnych zaangażowania wyłącznie w papiery wartościowe posiadające najwyższą ocenę. Emitenci z kolei poszukiwali i zlecali badanie oraz ocenę agencjom, żeby taką ocenę nadawali. *Raport* wskazał zatem kilka ważnych nieprawidłowości w działaniu agencji ratingowych, które powinny zostać wyeliminowane⁵.

Celem tego artykułu jest analiza zmian regulacji ostrożnościowych dotyczących agencji ratingowych w zakresie wskazanym w *Raporcie* i tego, jak wprowadzane zmiany odpowiadają zdiagnozowanym problemom i słabościom prawa regulującego działalność agencji.

Istota działalności agencji ratingowych

Głównym rodzajem ryzyka ponoszonym przez banki jest ryzyko kredytowe. Na podstawie definicji zawartej w art. 272 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 575/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych, zmieniającego rozporządzenie (UE) nr 648/2012 (DzUrz UE z 27.06.2013. L 176. str. 1; dalej: Rozporządzenie CRR) można powiedzieć, że ryzykiem kredytowym jest prawdopodobieństwo niewykonania zobowiązania przez stronę umowy przed ostatecznym rozliczeniem związanych z nią świadczeń. Wymóg kapitałowy to inaczej poziom funduszy własnych, jakie bank musi utrzymywać, aby zabezpieczyć się przed stratami, obliczany na podstawie pełnej oceny działalności banku na daną chwilę, czyli przedmiotu i treści umów zawieranych przez banki o wykonywanie czynności bankowych *sensu stricte* i *sensu largo*, terminowości wywiązywania się przez stronę umowy ze zobowiązań wobec banku z uwzględnieniem szeregu prawem przewidzianych czynników prawnych i ekonomicznych wpływających na ocenę wypłacalności banku.

Wymóg kapitałowy, czyli wysokość prawem określonych składników mienia banku określa się jako odsetek wszystkich należności banku. Wymóg kapitałowy jest wynikiem obliczeń i nazywany jest z tego powodu art. 92 ust. 1 lit. c Rozporządzenia CRR łącznym współczynnikiem kapitałowym, a w ustawie Prawo bankowe współczynnikiem wypłacalności i wynosi 8%. Tyle też co najmniej funduszy w stosunku do należności musi posiadać bank. Z kolei należnościom banku przypisuje się różne natężenie ryzyka (określane jako „waga” ryzyka), w zależności m.in. od tego kto jest stroną umowy, jakie ustanowił zabezpieczenie i jak rzetelnie przez czas trwania umowy wywiązuje się ze swoich zobowiązań wobec banku. Regulacje ostrożnościowe⁶ (Olszak, 2011, s. 67 i 227) wprowadziły kilka sposobów określania wysokości funduszy banku zabezpieczających przed ryzykiem nieotrzymania świadczenia z danej umowy. Wymóg kapitałowy z tytułu ryzyka kredytowego, czyli wysokość funduszy utrzymywanych w celu zabezpieczenia przed niewywiązaniem się przez kredytobiorcę ze zobowiązania można określać przez zastosowanie wagi ryzyka określonej przepisami dla danego rodzaju należności. Waga ta zależy od klasy należności (należność za regulacjami bankowymi nazywać będą dalej „ekspozycją”), którą przepisy wyznaczają w zależności od tego kto i na jaki cel zaciąga zobowiązanie kredytowe, jak rzetelnie dłużnik wywiązuje się ze zobowiązania, albo czy jest ono zabezpieczone, na przykład hipoteką lub zastawem. Procentowo określona waga ryzyka towarzyszącego danej ekspozycji odnoszona jest do ośmioprocentowego wymogu kapitałowego i pokazuje jaką wartość ma mieć rezerwa kapitałowa utrzymywana przez bank w celu pokrycia straty z tytułu nieotrzymania świadczenia. Jeżeli zatem danej ekspozycji ustawa przypisuje 1250% wagę ryzyka, to po przemnożeniu jej przez 8% powstaje wymóg kapitałowy równy stu procentom. Oznacza to stuprocentowe prawdopodobieństwo, że strona nie wywiąże się w umowy i bank musi utrzymać rezerwę w wysokości pełnej kwoty należności, której jak ze stuprocentową pewnością należy się spodziewać, nigdy nie otrzyma.

Jednym ze sposobów obliczania wymogu kapitałowego z tytułu ryzyka kredytowego jest podział należności na klasy w zależności od jakości kredytowej i przypisanie tym klasom (a ściślej należnościom z poszczególnych klas) opisanych procentowo wag ryzyka (Jurkowska-Zajdler, 2008, s. 230). Ten element, jakim jest jakość kredytowa, czyli wiarygodność klienta mogą oceniać agencje ratingowe. Ratingi nadawane są ogólnej wiarygodności kredytowej dłużnika, jako ratingi długoterminowe i krótkoterminowe ratingi wiarygodności kredytowej samego zobowiązania, najczęściej dłużnego papieru wartościowego⁷. Ocena w skali np. od AAA do D oznacza prawdopodobieństwo poniesienia straty z umowy ponieważ została zawarta z daną osobą albo prawdopodobieństwo poniesienia straty z umowy, ponieważ jej przedmiotem jest oceniany papier. Od nadanej przez agencję oceny zależy zatem do jakiej klasy należność zostanie przypisana, a co za tym idzie, wysokość rezerwy jaką bank musi utrzymywać na zabezpieczenie przed ryzykiem poniesienia straty z powodu niewywiązania się strony z umowy.

Nie każda ocena nadana przez agencję ratingową może stanowić podstawę określania wagi ryzyka. Rangę tę mają wyłącznie oceny nadawane przez tzw. uznane agencje ratingowe. Nowa Umowa Kapitałowa (Bazylejski Komitet ds. Nadzoru Bankowego, 2006, *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards. A Revised Framework and Comprehensive Version*, Bazylea, 90), a w ślad za nią Dyrektywa nr 2006/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 14 czerwca 2006 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe (Dz. Urz. UE L 177 z 30.06.2006, str. 1, dalej: dyrektywa 2006/48/WE) oraz Dyrektywa nr 2006/49/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 14 czerwca 2006 r. w sprawie adekwatności kapitałowej firm inwestycyjnych i instytucji kredytowych (Dz. Urz. UE L 177 z 30.06.2006, str. 201, dalej: dyrektywa 2006/49/WE) oraz prawo krajowe wprowadziły możliwość ubiegania się przez agencje ratingowe o nadanie im przez organ nadzoru statusu agencji uznanych. Oczywiście nic nie zabraniało bankom korzystania z ocen nadawanych przez agencje, które takiego statusu nie posiadały, jak też z innych ekspertyz, prognoz i przepowiedni. Różnica polega jednak na tym, że w przypadku agencji uznanych, bank może przypisać klientowi wagę ryzyka taką, jaka wynika z oceny agencji i taki też obowiązywać będzie bank wymóg kapitałowy. Ocena nadana przez uznaną agencję stała się zatem treścią normy adekwatności kapitałowej, najważniejszej bodaj ilościowej normy ostrożnościowej obowiązującej bank.

Status uznanej nadawał agencji organ nadzoru bankowego, czyli w chwili wdrożenia NUK w Polsce Komisja Nadzoru Bankowego⁸. Przesłanką uzyskania statusu uznanej agencji było spełnienie szeregu określonych w dyrektywie 2006/48/WE kryteriów, m. in. obiektywności, niezależności, przejrzystości, jawności. Te i wiele innych pojęć abstrakcyjnych przepisy definiują innymi równie ogólnikowymi, jak rygorystyczność, systematyczność i ciągłość nadawania ocen, niezależność od zewnętrznych wpływów, ograniczeń i nacisków, regularność przeglądów nadawanych ocen, gotowość do tłumaczenia rynkowi i organom nadzoru metodologii ich nadawania itd.

Organ nadzoru, po stwierdzeniu spełnienia przez agencję tych przesłanek nadawał agencji status uznanej, przez co sporządzane na zlecenie banków oceny stawały się wyznacznikiem wagi ryzyka umowy zawartej z ocenianą osobą, albo ryzyka związanego z przedmiotem umowy, bez względu na to z kim byłaby ona zawarta. Zgodnie z art. 81 ust. 3 dyrektywy 2006/48/WE, agencje ratingowe korzystały ze swego rodzaju jednolitej licencji. Uznanie agencji w jednym państwie członkowskim powodowało, że taki sam status był jej nadawany przez właściwy organ w innym państwie członkowskim, bez przeprowadzania postępowania⁹. W ten sposób oceny nadawane przez agencję uznaną w jednym państwie mogły być stosowane przez wszystkie banki i firmy inwestycyjne ówczesnych Wspólnot Europejskich. Zauważmy, że przymiotu takiej wiarygodności nie miały do tej pory nawet oceny nadawane klientowi przez sam bank, skądinąd najbardziej zainteresowany w trafności dokonywanej przez siebie oceny zdolności kredytowej klienta. Nietrafność oceny mogła kosztować

bank stratę i na dokładkę sankcją nadzorczą za złe zarządzanie ryzykiem kredytowym. Banki ponoszą zatem zarówno ryzyko gospodarcze, jak i prawne z tytułu badania zdolności kredytowej. Stosunek między podmiotem nadzorowanym, a organem nadzoru regulowany normą ostrożnościową, w której sprzężone są władcze kompetencje organu prawa publicznego z obowiązkami określonego zachowania, czy też utrzymywania standardów, sposobów zachowania przez podmiot prawa prywatnego został rozłączony (Kosikowski, 2006, s. 42 i 43). Dopuszczenie określania wymogu kapitałowego z tytułu ryzyka kredytowego przez inny niż bank podmiot prawa prywatnego oznacza, że zarówno prawny obowiązek badania wiarygodności kredytowej klienta, jak i odpowiedzialność za złe, nierzetelnie przeprowadzone badanie zostały w stosunku do banku, w zakresie ryzyka kredytowego zabezpieczanego zgodnie z metodą standardową, uchylone. Na kogo zostały przeniesione, postaram się odpowiedzieć za chwilę.

Agencje ratingowe nie ponoszą ryzyka z powodu dokonania nietrafnej oceny wiarygodności kredytowej, jako że to nie one pożyczają ocenianym klientom pieniądze (Srokosz, 2013, s. 54–65). Wręcz przeciwnie, nadawanie ocen jest dla nich źródłem dochodów, często w przypadku perspektyw ratingowych należnych od ocenianego. Agencje ratingowe nie były też przez organy publiczne nadzorowane. Zgodnie z regulacją dyrektywy 2006/48/WE, organ nadzoru nadawał agencji ratingowej status uznanej, po zbadaniu określonych w załączniku VI cz. II przesłanek, czyli wskazanej wyżej obiektywności, niezależności, itp. Drugim obszarem właściwości rzeczowej organu nadzoru było przyporządkowanie ocen nadawanych przez daną, uznaną agencję w sześciostopniowej skali do sześciu klas ekspozycji. Zgodnie z regulacją tego samego załącznika, ekspozycje podzielone były na grupy, w zależności od strony umowy z bankiem i każdej z grup przyporządkowano wagi ryzyka, np. umowom z podmiotami prawa publicznego, jak rządy można przypisywać ryzyko od 0% do 150%, w zależności od wiarygodności kredytowej danego rządu, umowom z bankami od 20% do 150%, podobnie umowom z klientami korporacyjnymi. Przyporządkowanie przez organ nadzoru ocen agencji polega na tym, że np. ocenie D nadawanej przez agencję przypisać należy ostatnią, szóstą wagę w danej grupie, czyli 150%. Na tym też kompetencje organu nadzoru kończyły się. Prawodawca nie przewidział żadnych środków nadzoru, czy sankcji wobec agencji ratingowych za niezgodne z prawem działanie, czy też działanie bez zachowania należytej staranności. Agencje ratingowe, a nie banki miały badać i oceniać ryzyko kredytowe strony umowy z bankiem, czy będzie to rząd państwa, czy przedsiębiorca. Na zadane wyżej pytanie na kogo przeniesione zostało ryzyko i odpowiedzialność za rzetelność badania zdolności kredytowej odpowiedź brzmi, iż na nikogo. Agencje nie ponoszą ani ryzyka gospodarczego, ani prawnego z tytułu złego wykonania badania. Mimo płynących od przedsiębiorstw oraz podmiotów prawa publicznego wyraźnych sygnałów o nieprzestrzeganiu przez agencje ratingowe kodeksów dobrych praktyk¹⁰, niezachwiany optymizm gremiów unijnych dotyczący braku potrzeby objęcia nadzorem publicznym agencji trwał do 2009 r.¹¹

Zmiana regulacji: pierwszy etap

Kiedy konsekwencje działania banków i agencji ratingowych w takim otoczeniu prawnym¹² stały się aż nazbyt widoczne, po załamaniu się rynku kredytów zabezpieczonych hipoteką i kredytów spłacanych nieregularnie¹³, prawodawca europejski obwieścił podjęcie działań zmierzających do zdyscyplinowania agencji i podniesienia wiarygodności ich pracy. Pamięamy, że *de lege ferenda Raport* postulował ograniczenie korzystania z ocen ratingowych dla potrzeb spełniania norm ostrożnościowych przez banki, a do tego czasu zapewnienie fachowości i niezależności pracy agencji.

Od 2008 roku po kolei z problemem trybu rejestracji i nadzoru nad agencjami mierzą się Komisja Europejska¹⁴, potem Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady 1060/2009 z dn. 16 września 2009 r. (DzUrz UE L 302 z 16.09.2009, str. 1, dalej: Rozporządzenie 1) wreszcie EBA, ESMA i EIOPA¹⁵ oraz prawodawcy krajowi. Celem Rozporządzenia 1, było, zgodnie z motywem 11 preambuły, podniesienie jakości ratingów kredytowych wykorzystywanych przez banki, zwłaszcza działających globalnie oraz zapobieżenie podejmowaniu przez państwa członkowskie różnych środków na podstawie prawa krajowego, w związku z brakiem pełnej konwergencji przy wdrażaniu dyrektyw. Rozporządzenie miało także na celu poprawę przejrzystości, niezależności i wiarygodności ocen. Służyć miało temu znaczne zwiększenie zakresu informacji dotyczących zarówno samej agencji jako osoby prawnej, jak i metodologii nadawania ocen. Ujawnianie informacji służyć miało ułatwieniu samodzielnej oceny danej agencji przez banki oraz emitentów papierów wartościowych i wybieraniu najbardziej wiarygodnej.

Realizując zasady nadawania agencjom statusu uznanej i spełniając, przynajmniej w warstwie deklaracji, postulaty *Raportu*, Rozporządzenie 1 zgodnie z przeprowadzoną reformą architektury nadzoru (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/78/UE z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie zmiany dyrektyw 98/26/WE, 2002/87/WE, 2003/6/WE, 2003/41/WE, 2003/71/WE, 2004/39/WE, 2004/109/WE, 2005/60/WE, 2006/48/WE, 2006/49/WE i 2009/65/WE w odniesieniu do uprawnień Europejskiego Urzędu Nadzoru (Europejskiego Urzędu Nadzoru Bankowego), Europejskiego Urzędu Nadzoru (Europejskiego Urzędu Nadzoru Ubezpieczeń i Pracowniczych Programów Emerytalnych) oraz Europejskiego Urzędu Nadzoru (Europejskiego Urzędu Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych; DzUrz UE L 331 z 15.12.2010, str. 120; tzw. „omnibus”) zmieniło procedurę nadawania agencji statusu uznanej. Wniosek o uznanie agencji składała, zgodnie z art. 15 Rozporządzenia 1 do CESR¹⁶, komisja po wstępnej, formalnej weryfikacji kompletności wniosku przekazywała go do rozpatrzenia nadzorcy macierzystemu ze względu na miejsce siedziby agencji, po czym w ciągu 60 dni nadzorca macierzysty w ramach kolegium organów nadzoru, ustanawianych na podstawie art. 131 i 131a dyrektywy 2006/48/WE¹⁷ rozpatrywał wniosek i wydawał decyzję w sprawie nadania agencji statusu uznanej i rejestracji.

Był to kolejny przypadek przekazywania kolegom nadzorczym kompetencji do wydawania decyzji administracyjnych i wykonywania zadań z zakresu nadzoru ostrożnościowego. Sprawność i szybkość działania kolegów poddana została analizie. Zgodnie z przeprowadzonym przez Panel Przeglądowy utworzony przy EBA (wcześniej CEBS) badaniem, wydawane przez kolegia nadzorcze decyzje w sprawie walidacji modeli zaawansowanych¹⁸, mimo przewidzianego w dyrektywie sześciomiesięcznego terminu, wydawane były ze znacznym opóźnieniem. W przypadku kolegium, w którym rolę nadzorcy macierzystego odgrywał brytyjski FSA, decyzja wydawana była po upływie 9, 10, a w trzech przypadkach nawet 11 miesięcy, przez nadzór belgijski po 10 i 11 miesiącach. Wszystkie nadzory deklarowały przekroczenie terminów, jak też różne sposoby ich obliczania, co także daje do myślenia na temat konwergencji w praktyce¹⁹. Mimo to, wiara Komisji Europejskiej w słuszność koncepcji przenoszenia uprawnień do wydawania decyzji, podejmowania środków nadzorczych i wykonywania zadań nie słabnie, choć nie tylko czas wydawania decyzji, ale i sam tryb funkcjonowania kolegiów, same tworzące je organy nadzoru oceniają sceptycznie²⁰.

Zgodnie z przepisami Rozporządzenia 1, w ślad za sugestią *Raportu*, zakazano agencjom ratingowym świadczenia usług w zakresie doradztwa. Przesłanek nadania agencji statusu uznanej oraz rejestracji nie zmieniono. W tym zakresie jedynie rozbudowano i omówiono przesłanki ustanowione w załączniku IV cz. 2 do dyrektywy 2006/48/WE. Na przykład zgodnie z art. 81 ust. 2 dyrektywy 2006/48/WE przesłanką nadania agencji statusu uznanej była obiektywność, niezależność, regularny przegląd i przejrzystość metodologii jej pracy, a same oceny zdolności kredytowej powinny być wiarygodne i przejrzyste, w rozumieniu załącznika VI część 2 do dyrektywy. W Załączniku IV cz. 2 pkt 1.2.3 prawodawca unijny stanowi, iż zasadę niezależności zapewnia struktura własnościowa i organizacyjna, zasoby finansowe, kadra i poziom wiedzy specjalistycznej oraz ład korporacyjny. Rozporządzenie 1 w załączniku I sekcji A znów szeroko opisuje, jak należy rozumieć niezależność działalności w zakresie ratingu kredytowego, m.in. poprzez rozwiązania organizacyjne, proceduralne, wprowadzenie wewnętrznych reguł ładu korporacyjnego i organizacji pracy, ujawnianie publicznie matematycznych modeli oraz charakteru wynagrodzenia otrzymywanego od ocenianego podmiotu. Niezależność tę ma zapewnić m.in. art. 7 ust. 5 Rozporządzenia 1, zgodnie z którym wynagrodzenie i ocena pracy pracowników uczestniczących w nadawaniu ratingu kredytowego lub perspektywy ratingowej, a także osób zatwierdzających ratingi lub perspektywy nie zależy od wysokości przychodów uzyskiwanych przez agencję ratingową od ocenianych podmiotów lub powiązanych stron trzecich. Niezależność pracownika agencji przeprowadzającego badanie w celu przyporządkowania oceny ma zapewnić wyłącznie to, że jego wynagrodzenie nie zależy od zapłaty za usługę nadania oceny przez ocenianego emitenta.

Mając na uwadze, że w 2009 r. powszechnie panowało już przekonanie wyrażone w *Raporcie* o wpływie agencji

ratingowych na pogorszenie stabilności rynków finansowych, warto zwrócić uwagę na ustalone w Rozporządzeniu 1 środki nadzorcze oraz sankcje (Zombirt, 2011, s. 600 i nast.). Artykuł 24 w zw. z art. 20 stanowi, że w przypadku, gdy właściwy organ macierzystego państwa członkowskiego stwierdzi, że agencja ratingowa narusza obowiązki wynikające z rozporządzenia, może wycofać rejestrację, ale tylko jeśli agencja ratingowa zrzeknie się rejestracji, albo nie podejmie w ciągu sześciu miesięcy od rejestracji działalności, uzyska rejestrację dopuszczając się poświadczenia nieprawdy lub w inny niezgodny z prawem sposób, przestaje spełniać warunki rejestracji, wreszcie jeśli poważnie i wielokrotnie naruszy przepisy rozporządzenia regulujące warunki funkcjonowania. Organ nadzoru może także orzec tymczasowy zakaz wystawiania ratingów kredytowych, w całej Wspólnocie, zawieszenie wykorzystywania ratingów kredytowych wystawionych przez tę agencję ratingową do celów regulacyjnych ze skutkiem na terytorium całej Wspólnoty, przyjęcie innych, niesprecyzowanych w Rozporządzeniu środków mających na celu zagwarantowanie dalszego spełniania wymogów prawnych przez agencję, wydanie publicznych ogłoszeń, zawiadomienie właściwych organów w celu wszczęcia postępowania karnego.

Orzeczenie cofnięcia rejestracji lub zawieszenia wykorzystania ratingów jest skuteczne po upływie trzech miesięcy z możliwością przedłużenia przez organ do sześciu miesięcy (nie istnieją ratingi kredytowe tego samego instrumentu finansowego lub podmiotu wystawione przez inne uznane agencje ratingowe), albo dziesięciu dni roboczych, jeżeli inne ratingi kredytowe funkcjonują w obrocie prawnym.

Należy zwrócić uwagę, że prawodawca unijny wprowadził przesłankę „poważnego i wielokrotnego” naruszenia rozporządzenia jako podstawy zastosowania określonych w przepisach środków. Naruszenie musi być zarazem poważne, jak i wielokrotne. Jednak ani poważne, ale jedno czy kilkukrotne, ani naruszania przepisów prawa notoryczne, ale nie cechujące się wyjątkowym natężeniem złej woli, wskazującym na głębokie lekceważenie prawa, nie grozi agencji ratingowej żadnymi dolegliwościami. Trudno antycypować rozumienie przesłanki poważnego i wielokrotnego naruszenia w poszczególnych państwach członkowskich, i czy uda się na tym polu osiągnąć tak cenioną przez Komisję Europejską konwergencję. Polskiej judykaturze znana jest przesłanka rażącego i uporczywego naruszania prawa, jednak głównie przez pryzmat sądownictwa administracyjnego i działania organów administracji. Przyjmuje się, że z rażącym naruszeniem prawa mamy do czynienia jeśli naruszenie jest oczywiste, przepis prawa jest klarowny i nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, a naruszenie wywołuje negatywne społecznoekonomiczne skutki²¹. Jakkolwiek przywołane orzeczenia wydane zostały na tle działań organów publicznych, do których *suo proprio* stosować należy wyższą miarę staranności i praworządności, aktualność zachowują tezy, zgodnie z którymi naruszenia prawa jest rażące, gdy między treścią przepisu, a decyzją (w naszej sytuacji zapewne działaniem, czyli nadaną oceną bądź może przyjętą metodologią) zachodzi oczywista

sprzeczność²². Warto zwrócić uwagę, że orzecznictwo podkreśla oczywistą sprzeczność między przepisem, a zachowaniem — treścią wydanej decyzji, przy czym sprzeczność zachodzić powinna między zachowaniem a jasnym i niedwuznacznym brzmieniem przepisu²³. Zważywszy, że treść przepisów wszystkich rozporządzeń oraz rozporządzeń delegowanych składa się niemal wyłącznie z wyrażen ocennych, bardzo trudno byłoby mówić o „prostym zestawieniu ze sobą” działania i treści normy prawnej²⁴.

Na gruncie prawa prywatnego, posiłkując się ustanowioną w art. 114 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo spółdzielcze przesłanką likwidacji spółdzielni w postaci „rażącego i uporczywego naruszenia” prawa można byłoby twierdzić, że agencja ratingowa zasłużyłaby na sankcję, gdyby zaprzestała nadawania ocen ratingowych i zajęła się prowadzeniem zupełnie innej działalności. Czy sankcje miałyby w takiej sytuacji jakikolwiek sens, to już zupełnie inna sprawa. W końcu agencja ratingowa, która nie nadaje ratingów jest niegroźna z punktu widzenia wpływu na rynek finansowy, którego ochrona jest celem regulacji.

Zastosowanie środków poprzedzone być miało obligatoryjną konsultacją członków kolegium. W przypadku braku porozumienia między członkami kolegium właściwy organ macierzystego państwa członkowskiego występował, na wniosek członka kolegium lub z własnej inicjatywy, o poradę do ówczesnego CESR. CESR udzielał porady w terminie dziesięciu dni roboczych od otrzymania wniosku. Wynika z tego, że ani CESR, ani żaden inny organ nadzoru nie sprawował nadzoru nad agencjami, a jeśli jakieś elementy władztwa publicznego dałoby się z omówionych przepisów odkodować, z pewnością nie sposób byłoby zidentyfikować podmiotu prawa publicznego, mającego przypisane kompetencje przynajmniej w zakresie rozstrzygającym daną sprawę. Organ nadzoru właściwy ze względu na siedzibę agencji nie posiadał nawet uprawnień do wycofania rejestracji, czy też cofnięcia statusu uznanej agencji. Ustanowiony w art. 31 mechanizm niewiążących mediacji trudno uznać za użyteczny. Z braku porozumienia między organami nadzoru jedyne co pozostało organowi macierzystemu, to być może zainicjowanie wszczęcia, przeciwko państwowemu lekceważącemu kolegów nadzorców, postępowania procedury naruszenia, o której mowa w art. 227 TFUE (Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Wersja skonsolidowana. DzUrz UE C 83 z 30.03.2010, str. 47). Uzasadniona jest jednak obawa, że tą drogą także organ macierzysty niewiele wskóra, bowiem w świetle ugruntowanego orzecznictwa, Komisja sama decyduje o wszczęciu postępowania w sprawie uchybienia. Ponadto Komisja dysponuje także swobodą uznania, która wyklucza prawo jednostki do żądania od Komisji przyjęcia określonego stanowiska²⁵, zgodnie z brzmieniem art. 227. Wszystkie osoby fizyczne i prawne na terenie UE mogą bowiem w sprawach ich dotyczących kierować do Parlamentu Europejskiego petycje, co jednak nie obliuguje tych organów do jakiegokolwiek działania (Góralczyk, Sawicki, 2013, s. 28).

Nie tylko przy okazji omawiania agencji ratingowych należy zwrócić uwagę na niezwykle popularność korzystania przez prawodawcę unijnego z wyrażen niejasnych,

nieostrych czy ogólnych. O ile prawo znana jest instytucja klauzuli generalnej i korzystanie z niej z umiarem przynosi trwałe korzyści stosunkom prawnych (Chauvin, Stawecki, Winczorek, 2011, s. 70), o tyle używanie ich w nadmiarze, a nawet sprowadzenie całej regulacji danego problemu do zbioru ogólnych zasad odwołujących się do kategorii etycznych, nie skonkretyzowanych w utrwalonym orzecznictwie, nie służy ani pewności prawa, ani efektywności działania organów prawo stosujących, ani wbrew intencjom prawodawcy unijnego, zapewnieniu jednolitości prawa na terytorium Unii. Rozporządzenie 1 zawiera mnóstwo wyrażen nieostrych i norm kompetencyjnych przewidujących uznanie administracyjne. Obie te instytucje stanowią odrębny, obszerny i niełatwy temat (Nałęcz, 2010, s. 130–133). Przede wszystkim sam zakres tych pojęć nie jest w prawie krajowym państw członkowskich rozumiany jednakowo. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej obie te instytucje traktowane są tożsamo, jako swobodne, nie w pełni zdeterminowane ustawą o działaniu administracji. Akty normatywne, zarówno bezpośrednio obowiązujące, jak rozporządzenie ratingowe, które wymagają implementacji już na etapie tłumaczenia na języki narodowe, wprowadzają istotne różnice między regulacjami *de iure* niosącymi tą samą treść normatywną, czyli rozporządzeniami. W języku angielskim mowa wyłącznie o „discretionary powers”, w niemieckim „Ermessen” co zbliża się do polskiego uznania administracyjnego. W wersji francuskiej mówi się już jednak o „pouvoir d’appréciation” co oznacza swobodę interpretacyjną klauzul generalnych. Rozbieżność ta nie wynika bynajmniej z błędnych tłumaczeń, ale z faktu, że nie wszystkie systemy prawne państw członkowskich mają dokładnie takie same instytucje prawne. W zależności od tego, czy analizować będziemy przepisy rozporządzenia w wersji angielskiej, niemieckiej, francuskiej, portugalskiej, hiszpańskiej, czy polskiej, przesłanki, a zatem zapewne nierzadko i treść podjętej przez organ decyzji będą różne. O tym także należy pamiętać mówiąc o realności ujednolicenia prawa na obszarze, na którym mówi się dwudziestoma językami.

Zgodnie z art. 23 Rozporządzenia 1 podczas wykonywania swoich obowiązków wynikających z treści tego artykułu żadne organy publiczne, unijne czy krajowe nie mogą ingerować w zawartość ratingów kredytowych, ani w metodologię ich sporządzania (Fedorowicz, 2013, s. 280–283 i 294–297). Dopuszczalne jest zatem badanie wyłącznie warstwy organizacyjnej działalności agencji ratingowej. Wpływ na same oceny, czy też władcze oddziaływanie na tak doniosłe prawnie skutki działań agencji został organom publicznym *expressis verbis* wzbroniony²⁶ (Kosikowski, 2011, s. 414).

Środkiem znakomicie dyscyplinującym działalność agencji jest, zdaniem prawodawcy unijnego, ujawnianie informacji uczestnikom rynku finansowego. Zgodnie z motywem 25 preambuły, agencje ratingowe podają do wiadomości publicznej informacje o metodach, modelach i podstawowych założeniach ratingowych wykorzystywanych do nadawania ratingu kredytowego. Informacje powinny być na tyle szczegółowe, aby pozwalały użytkownikom ratingów samodzielnie i z należytą starannością ocenić, czy

mogą polegać na tych ratingach kredytowych, z wyjątkiem danych szczególnie chronionych bądź informacji, których ujawnienie mogłoby poważnie utrudnić rozwój innowacyjności. Zgodnie z art. 12 w zw. z załącznikiem I E pkt 1 lit. 5 do Rozporządzenia agencja ratingowa publikuje raz w roku sprawozdanie w sprawie przejrzystości, w którym ujawnia metody oraz opisy modeli i kluczowych założeń ratingowych, np. matematycznych lub korelacyjnych, stosowanych do ratingu kredytowego oraz ich wszelkie istotne zmiany. O ile zatem dla organów publicznych metodologia sporządzania ocen ratingowych, a nawet oceny stanowiące istotę normy ostrożnościowej są nienaruszalne, o tyle sami uczestnicy rynku powinni okazywać zdrowy sceptycyzm i nieufność wobec podmiotów współtworzących otoczenie regulacyjne, jakimi są agencje i samodzielnie weryfikować zarówno metodologię sporządzania ocen, jak i modele. U podstaw takiej regulacji leży zapewne założenie, że wszyscy potencjalni uczestnicy rynku finansowego posiadają znakomite wykształcenie w zakresie matematyki i statystyki, w każdym razie co najmniej równie dobre, jak specjaliści zatrudnieni przez agencje, skoro posiadając niepełną wiedzę o modelach, bowiem ograniczoną do założeń kluczowych, z wyłączeniem newralgicznych elementów związanych z innowacyjnością modeli, są w stanie modele i obliczane za ich pomocą wskaźniki zweryfikować.

Drugi etap zmian: Rozporządzenie 2

Celem drugiego etapu zmian systemu nadzoru nad agencjami ratingowymi miało być, zgodnie z motywami 7, 13, 18 preambuły przede wszystkim wzmocnienie skuteczności nadzoru, zwiększenie zakresu informacji ujawnianych uczestnikom rynku finansowego na temat ocenianych umów i podmiotów oraz wsparcie konkurencji na rynku agencji ratingowych. Nadal nie podjęto jednak dyskusji nad problemem i konsekwencjami delegacji kompetencji publicznych na przedsiębiorcę²⁷ (Zalcewicz, 2013, str. 168).

Cele te miały być osiągnięte przez wprowadzenie zmian w czterech obszarach regulacji. Pierwszym z nich jest promowanie mniejszych agencji ratingowych, poprzez uchylenie wobec nich w art. 5 ust. 4 lit. A Rozporządzenia 1 wymagań organizacyjnych ustanowionych w załączniku 1 sekcji A, o ile są one niewspółmierne do charakteru, skali i złożoności jej działalności. Takie ułatwienie miało na celu dopuszczenie do rynku mniejszych agencji, nieposiadających znaczącego zaplecza organizacyjnego, jakimi dysponowały trzy największe agencje.

Zwiększenie zakresu informacji, jakie agencja powinna podawać do wiadomości publicznej, przewiduje art. 11 ust. 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 513/2011 z dn. 11 maja 2011 r. dotyczącego zmiany rozporządzenia (WE) nr 1060/2009 w sprawie agencji ratingowych (DzUrz UE z 31.05.2011, L 145, str. 30, dalej: Rozporządzenia 2), zgodnie z którym agencja ratingowa udostępnia w centralnym repozytorium utworzonym przez Europejski Urząd Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych informacje na temat ocen historycznych, w tym częstotliwość zmian ratingów oraz informacje o zmianach wprowadzanych do dawnych ratingów²⁸. Zainteresowani mogą sobie w ten sposób prześledzić reakcje agencji na

zmiany w otoczeniu gospodarczym oraz ekonomicznym i na tej podstawie stwierdzić, czy agencja zmiany te antycypuje, co jest jej podstawowym zadaniem i celem ocen czy też, jak wszyscy, biernie za nimi podąża.

Trzecim obszarem zmian jest dalsza reforma instytucjonalna nadzoru, w tym ustanowiona w art. 36 a–d możliwość nakładania na agencje przez nadzór kar finansowych. Istotną zmianą było wprowadzenie do dotychczasowego, czysto formalnego modelu nadzoru elementów nadzoru merytorycznego. Zgodnie z art. 22a i b, Rozporządzenia 2 organ nadzoru zyskał kompetencje w zakresie badania przebiegu i skutków przeprowadzanej przez agencję historycznej weryfikacji ocen. Do tej pory rola organu nadzoru ograniczała się do sprawdzania, czy agencja posiada przewidziane prawem procedury weryfikacji.

Ciekawą treść normatywną zawiera załącznik II do Rozporządzenia 2, wprowadzającego załącznik III do Rozporządzenia 1. Ma on stanowić doprecyzowanie norm regulujących najbardziej — zdaniem *Raportu* — newralgicznych obszarów, czyli konfliktu interesów oraz wymagań organizacyjnych i operacyjnych agencji. Warto zwrócić uwagę na charakter doprecyzowania. Zgodnie np. z pkt I pkt 2 i 6 załącznika III, agencja ratingowa narusza przepisy art. 4 ust. 4 akapit drugi Rozporządzenia 1, zgodnie z którym nie powinna wykorzystywać procedury zatwierdzania w celu uchylania się od wymogów określonych w rozporządzeniu, jeżeli wykorzystuje zatwierdzenie ratingu kredytowego wystawionego w państwie trzecim z zamiarem uniknięcia wymogów rozporządzenia. Zgodnie z pkt. 6 tego samego przepisu agencja narusza przepisy art. 6 ust. 2, w związku z przepisami załącznika I sekcja A pkt 2 akapit trzeci (zgodnie z którym co najmniej jedną trzecią składu, lecz nie mniej niż dwóch członków zarządu lub rady nadzorczej agencji ratingowej stanowią niezależni członkowie, którzy nie uczestniczą w działalności w zakresie ratingu kredytowego), jeżeli nie wyznacza wymaganej liczby niezależnych członków zarządu lub rady nadzorczej. Mimo, iż załącznik ten zawiera aż siedemdziesiąt trzy przepisy tego rodzaju, trudno oprzeć się wrażeniu, iż nie stanowią one ani rozwinięcia, ani uzupełnienia lub doprecyzowania norm materialnych ustanowionych w Rozporządzeniu 1, a jedynie powtarzają *a contrario* jego treść, zgodnie z wzorem, „Nakazane jest czynienie a. Agencja narusza zakaz, jeśli czyni ~a”.

Największą zmianą wprowadzoną przez Rozporządzenie 2 jest ustanowienie właściwości EUNGIPW w zakresie rejestracji i nadzoru nad agencjami ratingowymi. EUNGIPW może badać, czy agencja ratingowa posiada procedury weryfikacji metod nadawania ratingu, jak też samodzielnie analizować wyniki tej weryfikacji. Organ ten jest także wyposażony w kompetencje do żądania wszelkich informacji niezbędnych do wykonywania swoich obowiązków zarówno od agencji, jak i od osób ocenianych, osób którym agencje zleciły niektóre funkcje lub czynności operacyjne w ramach umowy outsourcingu oraz innych blisko powiązanych z agencjami osób. Urząd może, na podstawie art. 23 a–d Rozporządzenia 2 przeprowadzać inspekcje na miejscu oraz analizować otrzymane dokumenty i inne informacje, np. uzyskane w drodze przesłuchań, czy rejestrów połączeń telefonicznych i przesyłu danych.

Trzeci etap zmian: Rozporządzenie 3

Celem tego etapu zmian otoczenia regulacyjnego, w jakim funkcjonują agencje ratingowe było tym razem, znów w duchu *Raportu*, osłabienie mocy prawnej ratingów, odejście od stosowania ratingów dla celów regulacyjnych (motyw 27 preambuły do rozporządzenia), wprowadzenie przesłanek dochodzenia roszczeń odszkodowawczych przez osoby poszkodowane nietrafnym ratingiem (motyw 33). Możliwość dochodzenia roszczeń odszkodowawczych od agencji, na zasadach określonych w prawie krajowym poszczególnych państw członkowskich, istniała oczywiście już wcześniej (Szewczyk, 2013, s. 25). Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 462/2013 z dn. 21 maja 2013 r. zmieniające rozporządzenie (WE) nr 1060/2009 w sprawie agencji ratingowych (DzUrz UE z 31.05.2013, L 146, str. 1, dalej: Rozporządzenie 3) wprowadziło jednolitą regulację minimalną w tym zakresie, niezależnie od przepisów prawa krajowego. Celem regulacji było też tradycyjnie zapobieganie konfliktom interesów (motyw 1), wzmocnienie niezależności agencji ratingowych, wsparcie wiarygodnych procedur i metod, złagodzenie ryzyka związanego z ratingami państw (motyw 40), wprowadzenie mechanizmu rotacji agencji (motywy 13–21), zmniejszenie ryzyka nadmiernego polegania na ratingach kredytowych przez banki centralne i uczestników rynku (motywy 5, 6, 9), ponownie zwiększenie konkurencyjności rynku agencji, przy czym wprost wskazano w preambule (motyw 11) trzy agencje ratingowe, które zdominowały rynek.

Zwrócono także uwagę na aspekt polityczny wydawanych ratingów (motywy 43–45). Komisja została zobowiązana do przedstawienia Parlamentowi Europejskiemu i Radzie koncepcji działania europejskiej publicznej agencji ratingowej, która zastąpiłaby prywatne agencje ratingowe w ocenie zdolności kredytowej państw członkowskich oraz utworzenia europejskiej fundacji ratingowej do dokonywania pozostałych ocen (motyw 43). Dostreżono, że nadawanie ratingów państwom może być szkodliwe dla opinii publicznej. Nawet informacje o zamiarze dokonania przeglądów ratingów grupy państw uznano za niewłaściwe²⁹. Podkreślono konieczność publikowania przez agencje podstaw ratingów, jednak w przypadku ratingów państw kierunek polityki gospodarczej, rynku pracy lub w innej dziedzinie, mimo że mogą to być czynniki determinujące ocenę państwa lub emitowanego przez państwo instrumentu i można przy jej pomocy wyjaśnić najważniejsze powody wystawienia określonej oceny ratingowej państwa, nie powinny być przez agencję krytykowane, a bezpośrednie lub wyraźne wymogi, lub zalecenia agencji ratingowych w stosunku do państw w odniesieniu do takiej polityki stały się niedopuszczalne. Agencje ratingowe nie powinny zatem wydawać bezpośrednich, ani wyraźnych zaleceń politycznych dotyczących polityki państw, nawet jeśli wcześniej uważały się za kompetentne aby to robić.

Określone w preambule cele mają zostać osiągnięte przez wprowadzenie Rozporządzeniem 3 zmian w czterech obszarach regulacji. Przede wszystkim na uwagę zasługuje wprowadzona tytułem IIIA „odpowiedzialność cywilna

agencji ratingowych”, zupełna nowość na gruncie rozporządzeń dotyczących agencji ratingowych, będąca podstawą dochodzenia przez inwestora lub emitenta roszczeń odszkodowawczych (Dudojc, 2013, s. 18) w przypadku, gdy agencja dopuści się, umyślnie lub w wyniku rażącego niedbalstwa, naruszenia określonych w art. 24 ust. 1 i 36a ust. 2 przepisów skutkujących nałożeniem sankcji, w tym grzywnien za naruszenie przepisów Rozporządzenia w rozumieniu załącznika III. Ciężar dowodu spoczywa oczywiście na inwestorze lub emitencie, którzy wykazać muszą, iż w sposób racjonalny i z zachowaniem należytej ostrożności polegali na ratingu kredytowym, podejmując decyzję o zainwestowaniu pieniędzy w instrument finansowy, jego dalsze posiadanie lub zbycie.

Drugim sposobem osiągnięcia wskazanych celów jest wprowadzenie w art. 5a (należałoby raczej określić to jako krok w kierunku przywrócenia stanu prawnego sprzed Bazylei II czyli dyrektyw 2006/48/WE i 2006/49/WE) dla instytucji kredytowych, przedsiębiorstw inwestycyjnych, zakładów ubezpieczeń, zakładów reasekuracji, instytucji pracowniczych programów emerytalnych, spółek zarządzających aktywami, spółek inwestycyjnych, zarządzających alternatywnymi funduszami inwestycyjnymi oraz kontrahentów centralnych, obowiązku sporządzania własnych ocen ryzyka kredytowego i niedopuszczalność polegania wyłącznie lub mechanicznie na ratingach kredytowych przy przeprowadzaniu oceny wiarygodności kredytowej klienta lub instrumentu finansowego. Prawidłowość działania w tym zakresie na powrót przyznana została właściwości krajowych organów nadzoru. Ograniczenia w zakresie dopuszczalności korzystania z ratingów Rozporządzenie nałożyło w art. 5b i c także na Europejskie Urzędy Nadzoru i ERRS.

W celu zneutralizowania konfliktu interesów, Rozporządzenie 3 wprowadziło w art. 6a limity zaangażowania kapitałowego w więcej niż jedną agencję ratingową. Z kolei w art. 6b Rozporządzenie ustaliło maksymalny czas trwania umowy z jedną agencją, jak też tryb wymiany agencji, także w sytuacji, gdy są one ze sobą powiązane kapitałowo i organizacyjnie. Przepisy art. 6b, 7 ust. 5, 8 ust. 2, 2a, 5 zd. 2, 5a, ust. 6 *in principio* oraz lit. aa i ab, oraz ust. 7 wzorowane są na przepisach dyrektywy z dnia 17 maja 2006 r. Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/43/WE w sprawie ustawowych badań rocznych sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych, w odniesieniu do uprawnień wykonawczych przyznanych Komisji (DzUrz UE. L 157 z 9 czerwca 2006 r. str. 87 ze zm.) w zakresie w jakim dyrektywa ta, po zidentyfikowaniu identycznej patologii, czyli zdominowaniu rynku przez kilka firm audytorskich, w celu wzmocnienia niezależności biegłych rewidentów badających sprawozdania finansowe jednostek interesu publicznego (czyli instytucji kredytowych, zakładów ubezpieczeń i innych spółek, których zbywalne papiery wartościowe są dopuszczone do obrotu na rynku regulowanym któregośkolwiek z państw członkowskich) wprowadził obowiązek okresowej wymiany badających sprawozdanie biegłych. Prawodawca unijny, dostrzegłszy i negatywnie oceniwszy to samo zjawisko na rynku usług agencji ratingowych, jakie

wystąpiło niemal dekadę wcześniej na rynku usług biegłych rewidentów, postanowił przeciwdziałać tymi samymi środkami prawnymi.

W celu usprawnienia procedur, Komisja Europejska wydała w dn. 21 marca 2012 r. rozporządzenie delegowane na podstawie art. 24 ust. 4 lit. a i b Rozporządzenia 1 uzupełniające Rozporządzenie 1 w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych dotyczących informacji do celów rejestracji i certyfikacji agencji ratingowych (DzU UE z 30 maja 2012 r. L 140 str. 32) zawierające procedurę przekazywania danych do rejestracji. W tym samym dniu Komisja wydała rozporządzenie delegowane na podstawie art. 24 ust. 4 lit. d Rozporządzenia 1, uzupełniające to rozporządzenie, poprzez ustanowienie regulacyjnych standardów technicznych dotyczących oceny zgodności metodyk sporządzania ratingów kredytowych (DzU UE z 30 maja 2012 r. L 140 str. 14), gdzie po raz kolejny powtórzono, że metodyki sporządzania przez agencje ratingów mają być rygorystyczne, systematyczne i podlegać sprawdzaniu w świetle danych historycznych.

Wnioski

Nadzór publiczny nad przeprowadzaniem przez bank oceny wiarygodności kredytowej i później ważnym elementem zarządzania ryzykiem kredytowym zastąpiły na początku XXI w. podmioty prawa prywatnego, jakimi są agencje ratingowe, nie objęte mimo napływających zza oceanu poważnych sygnałów ostrzegawczych, nadzorem publicznym. Kryzys finansowy potwierdził wcześniej sygnalizowane obawy, co też Autorzy *Raportu* wyraźnie powtórzyli. Mimo to, wprowadzone trzema etapami zmiany niewiele zmieniły w zasadach funkcjonowania agencji ratingowej a przede wszystkim nie odebrały im uprawnień, z których zdaniem Autorów *Raportu* tak nieroztropnie korzystały. Chociaż każda zmiana uzasadniana była wskazaniami *Raportu*, do których odwoływała się wprost, rozwiązanie najistotniejszych problemów zastąpiono obowiązkiem opracowania wewnętrznych regulaminów, przekazywanych, jak nie tym to innym krajowym, albo europejskim organom nadzoru do oceny formalnej, w dodatku opartej na bardzo ogólnych i niedookreślonych przesłankach oraz podawaniem do wiadomości publicznej szeregu informacji dotyczących struktury organizacyjnej i sposobu działania agencji.

Nie kwestionując zalet jawności różnych aspektów działalności wobec uczestników rynku nie jest jednak właściwe traktowanie jej jako remedium na wszelkie patologie funkcjonowania wysoce wyspecjalizowanych agencji. Prawodawca unijny darzy ogromnym zaufaniem możliwości osób zawierających umowy z bankiem. Świadomość faktu, że bank albo jego podmiot dominujący zamawia oceny ratingowe takich czy innych papierów i za nie płaci, co jest w końcu działaniem jak najbardziej legalnym, miałyby posłużyć potencjalnym klientom do trafnej oceny uczciwości samego banku i skutecznie zniechęcić do niego klientów, aż do wyeliminowania tym sposobem z rynku banków dopuszczających się zachowań nierzetelnych. Trudno uwierzyć, aby taka informacja spełniła którąkolwiek

z funkcji przypisywanych w literaturze prawu do informacji, czyli przejrzystości, równości czy komparatywności (Maciejewski, 2007, s. 35–36). Jeszcze trudniej zrozumieć do czego miałyby posłużyć potencjalnym kredytobiorcom, deponentom, czy nawet inwestorom informacje o ogólnych zasadach budowy modelu matematycznego, które oczywiście mogą sobie zainteresowani uzupełnić i rozbudować, podstawić do modelu dowolnie wybrane wielkości i obliczyć (nie bardzo wiadomo co i po co), co pozwoli im zweryfikować oceny ratingowe i znów zastąpić działania organów publicznych zachowaniami rynku, dążącego — zdaniem prawodawcy unijnego — do eliminacji zachowań nieuczciwych. Podstawowym celem norm ostrożnościowych jest *zapobieżenie wystąpieniu sytuacji kryzysowej, poprzez wymuszenie ograniczenia nadmiernego ryzyka towarzyszącego działalności gospodarczej podmiotów rynku finansowego o szczególnym znaczeniu dla gospodarki, w tym towarzyszącego działalności bankowej* (Olszak, 2011, s. 67), a niepokojąca jest tendencja zastępowania prawa informacją.

Całkowitą porażką intelektualną i aksjologiczną okazało się nadanie ratingom rangi publicznoprawnej. Agencje ratingowe stały się podmiotami czynnymi norm ostrożnościowych (o pojęciu podmiotów czynnych normy ostrożnościowej: Kosikowski, Olszak, 2010, s. 242–245), czyli takimi, „które przez wykonywanie przypisanych im ustawowo zadań wspierają, uzupełniają lub wzmacniają nadzór”. Agencje ratingowe zyskały rangę bliską prawodawczej, bowiem nadana przez nich ocena stanowi treść normy ostrożnościowej. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady 1060/2009 z 16 września 2009 r. podjęło próbę reformy instytucjonalnej, nie próbując nawet zmienić nic w zakresie patologii wskazanych wyraźnie w *Raporcie*.

Kryteria uznawania i rejestracji agencji pozostały równie mgliste, jak w okresie poprzedzającym kryzys i nadal opierają się na przeglądzie wewnętrznych regulaminów i przyjętych przez agencję zasad. Nadzór bieżący skupia się na sprawdzaniu czy agencje posiadają prawem określone regulacje wewnętrzne i czy je stosują. W takiej sytuacji sformułowanie wniosków *de lege lata*, które mogłyby wpłynąć na zwiększenie skuteczności nadzoru jest niezwykle trudne. Jak dokładnie, często, czy pomysłowo organ nadzoru nie sprawdzałby posiadania regulaminów, nie wpłynie to na oceny ratingowe ani nawet metodologię ich nadawania, bowiem przepisy prawa zabraniają wywierania takiego wpływu.

Wracając do postawionego na początku pytania o to na kogo przeniesione zostało ryzyko związane z badaniem wiarygodności klienta oraz odpowiedzialność za skutki badania można w tym miejscu odpowiedzieć, że jedno i drugie spoczęło na uczestnikach rynku. O ile wydawać by się mogło, że zyskali podstawę prawną do dochodzenia roszczeń cywilnych z tytułu szkody poniesionej z powodu nietrafnej oceny, to uprawnienie to zostało znacznie osłabione przez konsekwencje obowiązku informacyjnego. Poszkodowany uczestnik rynku finansowego wykazać bowiem będzie musiał nie tylko poniesioną szkodę i jej związek z naruszeniem, ale także to, że ujawniane zgodnie z prawem informacje nie były wystarczające do samodzielnej

weryfikacji ocen, z których w końcu *de iure* nie powinien być „wyłącznie, ani mechanicznie” korzystać.

Mimo braku w literaturze krytycznej oceny samego *Raportu* i sformułowanych w nim postulatów pozostaje, wzorem organów Unii przyjąć *a priori* jego słusność i *de lege ferenda* postulować ich realizację, przede wszystkim anonsowane wcześniej w preambule do Rozporządzenia 3 uchylenie dopuszczalności stosowania ratingów do celów regulacyjnych.

Nadawanie ocen ratingowych nie wydaje się samo w sobie złe. Nie ma powodu zakazywać komukolwiek badania tego, jakie czynniki wpływają na wypłacalność przedsiębiorstw, a może nawet i państw, choć to wydaje się jednak znacznie trudniejsze, choćby ze względu na nieporównywalność stanów faktycznych. Mimo dostrzegalnych analogii w pojedynczych zjawiskach, wyciąganie wspólnych wniosków i formułowanie postulatów dla takich państw, jak na przykład Ukraina, Portugalia, Irlandia czy Włochy opierać się musi na ogromnych uproszczeniach. Nie ma

podstaw do kwestionowania praktyki wykorzystywania przez banki wyników badań każdej organizacji, ośrodka naukowego, przedsiębiorstwa, czy specjalisty jeśli bank uzna analizy i płynące z nich wnioski za przydatne. Występowanie jednocześnie w roli usługodawcy banku i do pewnego stopnia prawodawcy okazało się jednak zjawiskiem groźnym. Bycie jednocześnie doradcą nadzorcy i zleceniobiorcą nadzorowanego słuszenie spotkało się z krytyką Autorów *Raportu*. Zatem to nie błędy popełniane przez agencje ratingowe w nadawaniu ocen, ale nadanie ich działalności pozorów obiektywizmu i podniesienie ich działalności usługowej do rangi publicznoprawnej, poprzez wykorzystywanie tych ocen przez nadzorców bankowych do wypełnienia treścią normy adekwatności kapitałowej, musiało doprowadzić do zjawisk, z którymi pięć lat po zdiagnozowaniu i napiętnowaniu Parlament Europejski i Rada, jak też organy nadzoru i ich kolegia, a wreszcie także Europejskie organy nadzoru nie są w stanie sobie poradzić.

Literatura

- Amtenbrink, F., De Haan, J. (2009). *Regulating credit ratings in the European Union: A critical first assessment of Regulation 1060/2009 on Credit Rating Agencies*, Social Science Research Network. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1517626 (20.03.2014).
- Bielska-Brodziak, A. (red.). (2001). *Odpowiedzialność majątkowa funkcjonariuszy publicznych za rażące naruszenie prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Chauvin, T., Stawecki, T., Winczorek, P. (2011). *Wstęp do prawoznawstwa*. Warszawa: CHBeck.
- Dudoj, P. (2013). Odpowiedzialność odszkodowawcza agencji ratingowych. *PUG*, (12), 18–25.
- Fedorowicz, M. (2013). *Nadzór nad rynkiem finansowym Unii Europejskiej*. Warszawa: Difin.
- Góralczyk, W., Sawicki, S. (2013). *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*. Warszawa: LexisNexis.
- Jurkowska-Zajdler, A. (2008). *Bezpieczeństwo rynku finansowego w świetle prawa Unii Europejskiej*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Kosikowski, C. (2006). *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*. Warszawa: LexisNexis.
- Kosikowski, C. (2011). *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej Komentarz*. Warszawa: LexisNexis. (dotyczy odnośnika 26)
- Kosikowski, C., Olszak, M. (2010). Od prawa bankowego do prawa rynku finansowego. W: Głuchowski J. (red.). *System prawa finansowego*. Warszawa: Wolters i Kluwer Polska.
- Maciejewski, M. (2007). Prawo informacji — zagadnienia podstawowe. W: Góralczyk W. (red.), *Prawo informacji. Prawo do informacji*. Warszawa: Wydawnictwa Szkolne i Pedagogiczne.
- Nałęcz, A. (2010). *Uznanie administracyjne a reglamentacja działalności gospodarczej*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Oreziak, L. (2009). Strefa Euro wobec kryzysu gospodarczego. W: Osiński J., *Unia Europejska wobec kryzysu ekonomicznego*. Warszawa: Wydawnictwo SGH.
- Olszak, M. (2011). *Bankowe normy ostrożnościowe*. Białystok: Temida 2.
- Srokosz, W. (2013). Działalność depozytowa jako podstawowa cecha instytucji parabankowej. *Monitor Prawa Bankowego*, (6), 54–65.
- Szewczyk, J. (2013). Nowa regulacja odpowiedzialności cywilnej agencji ratingowych w Unii Europejskiej. *PPH*, (8), 25–32.
- Zakrzewski, P. (2005). *Cel spółdzielni. Kwartalnik Prawa Prywatnego*, (1), 49–92.
- Zalcewicz, A. (2013). *Bank lokalny. Studium prawne*. Warszawa: Difin.
- Zombirt, J. (2011). *Mechanizmy rynku wewnętrznego Unii Europejskiej*. Warszawa: Difin.

¹ Autor nieznan. Um 80% kjósenda Sjálftstaðisflokks og Framsóknarflokks andvígir ESB-aðild. (2012). <http://heimssyn.is/um-80-kjosenda-sjalfstaedisflokks-og-framsoknarflokks-andvigir-esb/> 20.03.2014.

² Przewodniczący Komisji Europejskiej José Manuel Barroso powołał w październiku 2008 r. grupę pod kierunkiem byłego dyrektora Międzynarodowego Funduszu Walutowego, Jacquesa de Larosiere, w skład której weszli profesor Leszek Balcerowicz, Otmar Issing, członek zarządu i główny ekonomista EBC odpowiedzialny za politykę monetarną banku, Rainer Masera, członek rządu włoskiego, wykładowca i polityk, Callum McCarthy były szef angielskiego FSA, Lars Nyberg, szwedzki biznesmen, Jose Perez Fernandez zastępca prezesa Banku Hiszpanii, Onno Ruding, były minister finansów Holandii i dyrektor wykonawczy w Międzynarodowym Funduszu Walutowym. Zadaniem grupy było przedstawienie rad na temat przyszłości regulacji rynków finansowych i nadzoru finansowego w Europie. *Raport* str. 3.

³ Narodowy Bank Polski. (2011). *Raport o stabilności systemu finansowego*. Warszawa. www.nbp.pl. s. 13.

⁴ Były ekonomista MFW i Minister Finansów Irlandii Peter Nyberg również przyznał się do bardzo złej polityki ekonomicznej i regulacyjnej. 19 stycznia 2010 r. rząd Irlandii uzgodnił procedurę przeprowadzenia śledztwa w sprawie kryzysu bankowego i przekazania go niższej izbie parlamentu irlandzkiego (Dáil). Na podstawie, działu 3 ustawy z 2004 r. o komisji śledczej, w dniu 21 września 2010 r. rząd powołał Komisję ledczą. Peter

Nyberg został powołany na członka komisji z zakresu sektora bankowego. 22 marca 2011 przedstawił Ministrowi Finansów stu pięćdziesięciosześcioronnicowe sprawozdanie z wyników śledztwa, zatytułowane: „Złe oceny ryzyko: przyczyny kryzysu systemu bankowego w Irlandii”. Zgodnie z art. 44 ust. 3 ustawy z 2004 r. o komisji śledczej, komisja z tym dniem została rozwiązana. Sprawozdanie zostało opublikowane 19 kwietnia 2011 r. Jako główne przyczyny kryzysu wskazał beczynność regulatorów rynku, banku centralnego i organów nadzoru, wreszcie porażającą niefrasobliwość i ignorancję zawodowych, dobrze wykształconych bankowców podejmujących niestychane ryzyko w działalności kredytowej, przez co irlandzkie banki otrzymały na koszt podatnika wsparcie w wysokości 70 mld. euro. Autor nieznan (2010) <http://www.bankinginquiry.gov.ie> 20.03.2014.

⁵ Patologie funkcjonowania agencji ratingowych znane były organom nadzoru już wcześniej. W 2004 r. Komisja Europejska DG Rynku Wewnętrznego wnioskując do CESR o opracowanie propozycji środków wobec agencji ratingowych wskazał szereg problemów w działalności agencji, zdiagnozowanych przez różne gremia. Amerykańska Izba Gospodarcza Association for Financial Professionals przekazała nawet wynik badania, zgodnie z którym już w 2002 r. 65% badanych nabywców i 60% dostawców usług finansowych chciałoby, aby Securities and Exchange Commission, czyli amerykański organ nadzoru kapitałowego ustanowił zasady działania agencji ratingowych, 73% nabywców i 71% dostawców usług finansowych

chciałoby, aby Securities and Exchange Commission regularnie kontrolował działalność agencji; 56% nabywców i 63% dostawców opowiedziało się za poprawą jakości usług agencji; 58% nabywców i 76% dostawców opowiedziało się także za poprawą terminowości świadczonych przez agencje usług. Komisja Europejska (2004) http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/agencies/2004-07-27-advice-annex_en.pdf 20.03.2014.

⁶ Mianem tym określać będę normy dotyczące banków, określające wymagania dotyczące kondycji finansowej, lub procedur, trybu, warunków i metod ich działania.

⁷ Oczywiście „krótkoterminowa ocena wiarygodności kredytowej zobowiązania” nazywana też perspektywą ratingową jest skrótem myślowym, zawsze ocenia się prawdopodobieństwo wywiązania się ze zobowiązania dłużnika, czy będzie nim emitent papieru wartościowego, czy z kolei jego dłużnicy, jeżeli prawa majątkowe z ich zobowiązań wobec emitenta stanowią zabezpieczenie papieru. Odpersonalizowanie stron umowy, zwłaszcza dłużników jest powszechną przywarą języka prawnego i prawniczego dotyczącego działalności instytucji finansowych.

⁸ Art. 1 pkt 17) ustawy z dn. 26 stycznia 2007 r. o zmianie ustawy Prawo bankowe (DzU 2007, nr 42, poz. 272) oraz uchwała nr 10/2007 KNB z dn. 6 czerwca 2007 r. w sprawie określenia ocen wiarygodności kredytowej nadawanych przez zewnętrzne instytucje oceny wiarygodności kredytowej, z których bank może korzystać w celu ustalenia wymogów kapitałowych i zakresu korzystania z tych ocen oraz ich powiązania ze stopniami jakości kredytowej (DzUzr NBP nr 6 poz. 16) i załącznik nr 15 uchwały nr 1/2007 KNB z dn. 13 marca 2007 r. w sprawie zakresu i szczegółowych zasad wyznaczania wymogów kapitałowych z tytułu poszczególnych rodzajów ryzyka, w tym zakresu i warunków stosowania metod statystycznych oraz zakresu informacji załączanych do wniosków o wydanie zgody na ich stosowanie, zasad i warunków uwzględniania umów przelewu wierzytelności, umów o subpartycypację, umów o kredytowy instrument pochodny oraz innych umów niż umowy przelewu wierzytelności i umowy o subpartycypację, na potrzeby wyznaczania wymogów kapitałowych, warunków, zakresu i sposobu korzystania z ocen, nadawanych przez zewnętrzne instytucje oceny wiarygodności kredytowej oraz agencje kredytów eksportowych, sposobu i szczegółowych zasad obliczania współczynnika wypłacalności banku, zakresu i sposobu uwzględniania działania banków w holdingach w obliczaniu wymogów kapitałowych i współczynnika wypłacalności oraz określenia dodatkowych pozycji bilansu banku ujmowanych łącznie z funduszami własnymi w rachunku adekwatności kapitałowej oraz zakresu, sposobu i warunków ich wyznaczania (DzUzr NBP nr 2 poz. 3).

⁹ W tym trybie Komisja Nadzoru Bankowego nadała w dn. 6 czerwca 2007 r. w drodze uchwały status uznanej trzem agencjom ratingowym, Standard&Poors, Fitch i Moody's.

¹⁰ IOSCO (2008). *Kodeks podstawowych dobrych praktyk agencji ratingowych kredytowych*. <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD271.pdf> (20.03.2014).

¹¹ W obszernym raporcie IOSCO zwraca uwagę na konieczność kontrowalowania przez Komisję Europejską rozwoju agencji ratingowych oraz konieczność badania przez CESR przestrzegania przez agencje ratingowe Kodeksu podstawowych dobrych praktyk oraz corocznego podsumowania wyników tych badań. Raport ten, przygotowany we współpracy z organami nadzoru finansowego Francji, Niemiec, Stanów Zjednoczonych i Włoch obejmował między innymi badanie przestrzegania przez cztery wiodące agencje, Standard and Poors, Fitch Ratings, Moody's i DBRS. Wyniki wykazały, że agencje nie przestrzegają zbyt sumiennie ani własnych kodeksów dobrych praktyk ani też kodeksu IOSCO. CESR (2006) CESR's Report to the European Commission on the compliance of Credit Rating Agencies with the IOSCO Code, CESR/06-545 http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/agencies/report_en.pdf (20.03.2014).

¹² Dyrektywa 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2003 r. w sprawie wykorzystywania poufnych informacji i manipulacji na rynku (nadużyć na rynku) (DzUzr L 96 z 12.04.2003, str. 16) także nie spełniła pokładanych w niej nadziei.

¹³ W miarę narastania kryzysu finansowego, dostrzeżono znaczny wzrost zmian ratingów. W pierwszej połowie 2007 roku trzy największe agencje ratingowe (Fitch, Standard & Poor's and Moody's) częściej podnosiły nadawane przez siebie oceny. W drugiej połowie 2007 oraz w pierwszej połowie 2008 tendencja uległa drastycznej zmianie. Liczba zmian ocen zwiększyła się, zmienił się także stosunek między podwyższeniem a obniżaniem ocen, jakkolwiek w Europie nie tak drastycznie jak w Stanach Zjednoczonych. W drugim kwartale 2008 r. w Europie i Stanach Zjednoczonych podwyższono 659 oceny sekurytyzowanych papierów, a obniżono

28700. Komisja Europejska (2008). *Propozycja regulacji agencji ratingowych. Ocena wpływu*. Bruksela SEC. 2745, 7.

¹⁴ Komisja Europejska (2008). *Wniosek Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie agencji ratingowych*, KOM (2008) 704, Bruksela (wersja ostateczna 2008/0217 (COD), (2009/C 277/25).

¹⁵ Wszystkie organy nadzoru zmagają się z problemem ustalenia czym jest wyłączenie lub mechaniczne poleganie na ocenach ratingowych. "It is considered that there is sole or mechanistic reliance on credit ratings (or credit rating outlooks) when an action or omission is the consequence of any type of rule solely based on credit ratings (or credit rating outlooks) without any additional discretion" EBA, ESMA, EIOPA (2013) *Joint Consultation Paper on Mechanic References to Credit Ratings in the ESAs' Guidelines* (JC-CP-2013-02), www.eba.org (20.03.2014).

¹⁶ Dawna Europejska Komisja Papierów Wartościowych i Giełd, zastąpiona przez ESMA.

¹⁷ Zmienionej dyrektywą 2009/111/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 września 2009 r. zmieniającej dyrektywę 2006/48/WE, 2006/49/WE i 2007/64/WE w odniesieniu do banków powiązanych z centralnymi instytucjami, niektórych pozycji funduszy własnych, dużych ekspozycji, uzgodnień w zakresie nadzoru oraz zarządzania w sytuacji kryzysowej (DzUzr UE L 302 z 17.11.2009, str. 97).

¹⁸ W trybie określonym w art. 129 dyrektywy 2006/48/WE.

¹⁹ Review Panel. (2009). *Raport z przeglądu stosowania przez organy nadzoru wytycznych CEBS w sprawie walidacji modeli AMA i IRB*, <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/16094/CEBS-2009-40-final-Report-on-GL10-Peer-Review.pdf> (20.03.2014).

²⁰ Review Panel. (2010). *Raport z przeglądu funkcjonowania kolegiów nadzorczych*, <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/15920/Peer-Review-Report-on-the-functioning-of-colleges.pdf> (20.03.2014).

²¹ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 października 2006 r. VI SA/Wa 1610/06. LEX nr 265653. wyrok NSA w Warszawie z dnia 9 lutego 2005 r. OSK 1134/04. LEX nr 165717.

²² Wyrok NSA w Warszawie z dnia 16 grudnia 2002 r. III SA 293/02, Biul. Skarb. 2003, (4), 30.

²³ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 4 marca 2004 r. IV SA 3121/02, LEX nr 156916.

²⁴ Wyrok NSA w Warszawie z dnia 26 maja 2003 r. III SA 2347/01, LEX nr 158821, uchwała NSA w Warszawie z dnia 10 maja 2000 r., III SA 1524/99, LEX nr 158827.

²⁵ Zob. zwłaszcza: wyrok z dnia 6 grudnia 1989 r. w sprawie C-329/88, Komisja przeciwko Grecji z 1989 r. s. 4159; wyrok z dnia 27 listopada 1990 r. w sprawie C-200/88, Komisja przeciwko Grecji z 1990 r. s. I-4299; wyrok z dnia 21 stycznia 1999 r. w sprawie C-207/97, Komisja przeciwko Belgii z 1999 r. s. I 275; wyrok z dnia 25 listopada 1999 r. w sprawie C-212/98, Komisja przeciwko Irlandii z 1999 r. s. I 8571; wyrok z dnia 6 lipca 2000 r. w sprawie C-236/99, Komisja przeciwko Belgii z 2000 r. s. I-05657; wyrok z dnia 14 maja 2002 r. w sprawie C-383/00, Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec z 2002 r. s. I-04219, wyrok z dnia 1 czerwca 1994 r. w sprawie C-317/92, Komisja przeciwko Niemcom z 1994 r. s. I 2039; wyrok z dnia 10 maja 1995 r. w sprawie C-422/92, Komisja przeciwko Niemcom z 1995 r. s. I 1097. wyrok z dnia 6 października 2009 r. w sprawie C-562/07, Komisja przeciwko Hiszpanii, Zb. Orz. z 2009 r. s. I-9553, wyrok z dnia 14 września 1995 r. w sprawie T-571/93 Lefebvre i inni przeciwko Komisji z 1995 r. s. II 2379.

²⁶ Działanie takie jest sprzeczne z instytucją nadzoru, która służy ingerencji w działalność gospodarczą, jeśli jest ona wykonywana niezgodnie z prawem.

²⁷ Mimo iż problem delegowania kompetencji publicznym w zakresie nadzoru z organów centralnych na samorządowe bywa ciekawie dyskutowany w nauce.

²⁸ Rozporządzenie delegowane Komisji UE nr 448/2012 z dn. 21 marca 2012 r. uzupełniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1060/2009 w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych dotyczących prezentacji informacji, które agencje ratingowe udostępniają w centralnym repozytorium utworzonym przez Europejski Urząd Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych (DzUzr UE z 30.05.2012, L 140, str. 17) określiło, zgodnie z art. 11 ust. 2 Rozporządzenia 1 sposób prowadzenia centralnego repozytorium ratingów korporacyjnych, instrumentów finansowych będących przedmiotem sekurytyzacji i ratingi państw i finansów publicznych, jak też opisy stosowanych skal ratingowych oraz zmian ratingów. www.ceres.esma.europa.eu (20.03.2014).

²⁹ Pamiętamy o funkcjonowaniu głęboko obraźliwego określenia będącego akronimem pierwszych liter nazw kilku państw przeżywających bardziej spektakularnie kryzys finansowy.

Nazwy prawnie zastrzeżone w działalności prowadzonej na rynku finansowym — z problematyki ochrony oznaczeń przedsiębiorstwa (cz. 2)

Specific designations in the financial sector — remarks on the legal protection of business names (part 2)

dr Igor B. Nestoruk

Streszczenie

Przedmiotem zastrzeżeń nazewniczych na gruncie krajowych regulacji z zakresu prawa rynku finansowego *de lege lata* pozostaje blisko 30 oznaczeń rodzajowych. Oczywiście jest to grupa zróżnicowana. Elementem spajającym poszczególne regulacje jest niewątpliwie fakt ich przynależności do szeroko rozumianej sfery działalności gospodarczej na rynku finansowym. W tym obszarze należy umieścić przede wszystkim akty prawne obowiązujące w sektorze bankowym oraz sektorze kas spółdzielczych, na rynku kapitałowym, rynku usług płatniczych, rynku ubezpieczeń oraz odnoszące się do kapitałowego systemu emerytalnego.

W konsekwencji przedmiotem analizy tej części opracowania są nazwy zastrzeżone w działalności ubezpieczeniowej na rzecz zakładów ubezpieczeń oraz pośredników ubezpieczeniowych, a także oznaczenia rodzajowe w ramach kapitałowego systemu emerytalnego odnoszące się do funduszy oraz towarzystw emerytalnych, a także do oferowanych przez nie takich usług, jak „indywidualne konto emerytalne”, „indywidualne konto zabezpieczenia emerytalnego”, czy „program emerytalny”. Tworzące je przepisy dotyczą specyficznego sektora usług oferowanych przez profesjonalne podmioty podlegające ustawowemu reżimowi regulacyjnemu.

Słowa kluczowe:

prawo, oznaczenia przedsiębiorstwa, sektor finansowy.

Summary

De lege lata there are almost 30 generic names subject to statutory protection in the Polish financial market law. Evidently this group of designations is highly differentiated. What ties them all together is their closest affinity with economic activity of entrepreneurs pursued on the financial market. The respective regulatory scheme covers legislation in the banking sector (including co-operative savings and credit unions), capital market, payment services, insurance sector and pension system.

This paper includes analysis of the generic names reserved within the insurance or insurance intermediation activity as well as respective designations stipulated within the activity of pension funds and pension societies.

Key words:

law, business names, financial sector.

1. Wprowadzenie

W poprzedniej części publikacji zaprezentowano kilka regulacji obowiązujących w sektorze usług finansowych. Przedmiotem analizy uczyniono zastrzeżenia nazewnicze typu „bank” i „kasa”, „giełda towarowa”, „fundusz inwestycyjny” czy „instytucja płatnicza”. Przykłady te nie wyczerpują bynajmniej znacznie obszerniejszego katalogu nazw prawnie zastrzeżonych w krajowych przepisach regulujących działalność podmiotów świadczących usługi finansowe różnego typu. Stąd też poniższe uwagi stanowią kontynuację głównego wątku rozważań. Analizie poddano tutaj stosowne przepisy obowiązujące w obszarze działalności ubezpieczeniowej (pkt 2) oraz w ramach kapitałowego systemu emerytalnego (pkt 3). W podsumowaniu (pkt 4) sformułowano konkluzje odnoszące się do oznaczeń omówionych w obu częściach prezentowanej publikacji.

2. Nazwy prawnie zastrzeżone w działalności ubezpieczeniowej

Kolejnym rozległym obszarem działalności wpisującym się w rynek finansowy jest działalność ubezpieczeniowa a także pośrednictwo ubezpieczeniowe. W aktach prawnych odnoszących się do tej sfery usług przewidziano szczególne przepisy wobec kilku rodzajów oznaczeń, które ustawodawca zdecydował się wyróżnić poddając je wyrażonej ochronie.

2.1. Zakłady ubezpieczeń

W ustawie z 22.5.2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (tekst jedn.: DzU 2013, poz. 950 ze zm., dalej: udu) wśród przepisów określających podstawowe zasady prowadzenia działalności w tym sektorze kwestii nazewnictwa stosowanego przez zakłady ubezpieczeń poświęcono odrębne ustępy art. 6 udu¹.

Art. 6. 3. Zakład ubezpieczeń wykonujący działalność w formie spółki akcyjnej ma obowiązek i wyłączne prawo używania w nazwie lub firmie wyrazów „towarzystwo ubezpieczeń”, „zakład ubezpieczeń”, „towarzystwo ubezpieczeń i reasekuracji”, „zakład ubezpieczeń i reasekuracji”. Dopuszczalne jest używanie w obrocie odpowiednio skrótów „TU”, „ZU”, „TUIR”, „ZUIR”.

4. Zakład ubezpieczeń, w formie towarzystwa ubezpieczeń wzajemnych, ma obowiązek i wyłączne prawo używania w nazwie wyrazów „towarzystwo ubezpieczeń wzajemnych”. Dopuszczalne jest używanie w obrocie skrótu „TUW”.

Art. 230. 1. Kto, wykonując działalność gospodarczą, nie będąc zakładem ubezpieczeń albo zakładem reasekuracji, używa w nazwie albo do określenia wykonywanej działalności lub w reklamie wyrazów wskazujących na wykonywanie działalności ubezpieczeniowej lub reasekuracyjnej, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

2. Tej samej karze podlega, kto dopuszcza się czynu określonego w ust. 1, działając w imieniu osoby prawnej.

Art. 6 udu odmiennie traktuje dwie grupy oznaczeń w zależności od formy prawnej zakładu (spółka akcyjna albo towarzystwo ubezpieczeń wzajemnych) z nich korzystającego. W przypadku zakładów działających jako spółki akcyjne chronionymi są następujące nazwy rodzajowe: „**towarzystwo ubezpieczeń**”, „**zakład ubezpieczeń**”, „**towarzystwo ubezpieczeń i reasekuracji**”, „**zakład ubezpieczeń i reasekuracji**” (art. 6 ust. 3 zd. 1 udu) oraz odpowiadające im skróty „TU”, „ZU”, „TUIR”, „ZUIR” (art. 6 ust. 3 zd. 2 udu). Analogicznie na rzecz zakładów ubezpieczeń prowadzących działalność w formie towarzystwa ubezpieczeń wzajemnych przewidziano zastrzeżenie dotyczące oznaczenia „**towarzystwo ubezpieczeń wzajemnych**” (art. 6 ust. 4 zd. 1 udu) oraz skrótu „TUW” (art. 6 ust. 4 zd. 2 udu).

Ograniczając się w tym miejscu do ogólnych uwag, jako niezbyt konsekwentne należy ocenić towarzyszące powyższej „mozaice” (Kowalewski, 2004, s. 60) oznaczeń (nazw i skrótów) każdorazowe określenie zakresu przyznanej im ochrony. Jest ono analogiczne w przypadku spółek akcyjnych oraz towarzystw ubezpieczeń wzajemnych, stąd można potraktować je łącznie². Wspomniana niekonsekwencja przejawia się tym, że podczas gdy w stosunku do poszczególnych określeń złożonych z wyrazów zakłady ubezpieczeń mają równocześnie „obowiązek i wyłączne prawo” używania ich w swojej nazwie, to już w przypadku skrótów mowa o używaniu „w obrocie”. Literalnie rzecz biorąc można by stąd wysnuć wniosek, że „wyłączność” dotycząca określonych wyrazów stanowi jedynie *lex specialis* prawa firmowego (Szwaja, 2008, s. 113), natomiast skrótów wolno zakładom ubezpieczeń używać poza brzmieniem samej ich firmy. Byłby on jednak trudny do pogodzenia z celem tej regulacji.

Dodatkowo omawiany przepis niezbyt jasno określa relację między pełnymi nazwami a ich skrótami. Celem jej wytłumaczenia należy skorzystać z analogii dostępnej choćby na gruncie ufi przyjmując, iż dopuszczalność użycia skrótów ma stanowić dla zakładów ubezpieczeń alternatywę wobec posługiwania się chronionymi nazwami

pełnym brzmieniem. Odczytując sens omawianego przepisu w tym kontekście można przyjąć, iż dla celów konstruowania swojej firmy zakłady ubezpieczeń powinny korzystać z połączeń wyrazowych, natomiast już w obrocie³ mają swobodę w wyborze między pełnym oznaczeniem i jego skróconą wersją.

Warto zauważyć, iż ustawodawca również i w tym przypadku dążył do stworzenia jak najpełniejszej regulacji. Służy temu niewątpliwie przepis intertemporalny w postaci art. 245 ust. 1 udu nakładający na zakłady ubezpieczeń w związku z wejściem ustawy w życie obowiązek dostosowania swojej firmy do powyższych wymagań. Dodatkowo istotne znaczenie ma wprowadzenie — podobnie zresztą, jak na gruncie większości wcześniej już omówionych regulacji — przepisu karnego. Jest nim art. 230 udu. Odnosi się on do zachowań przedsiębiorców („wykonując działalność gospodarczą”), ale także osób działających w imieniu osoby prawnej (art. 230 ust. 2 udu), które nie będąc zakładem ubezpieczeń albo zakładem reasekuracji, używają w nazwie albo do określenia wykonywanej działalności lub w reklamie wyrazów wskazujących na wykonywanie działalności ubezpieczeniowej lub reasekuracyjnej⁴. Warto zwrócić uwagę na nieprzystawanie zakresów art. 6 ust. 3 i 4 udu do znamion strony przedmiotowej występkę z art. 230 udu wskazujących na okoliczności popełnienia czynu. Po pierwsze przepis karny nie wymienia wyrazów, których użycie może stanowić jego naruszenie. Posłużono się w nim jedynie ogólną formułą „wyrazów wskazujących na wykonywanie działalności ubezpieczeniowej lub reasekuracyjnej”. Takimi wyrazami mogą być przecież określenia odmienne od tych, które wskazano w art. 6 udu (np. „kancelaria ubezpieczeniowa”). Ponadto w art. 230 ust. 1 udu zakazano używania pewnych oznaczeń w trzech wskazanych formach, czyli w nazwie albo do określenia wykonywanej działalności lub w reklamie. Tymczasem w art. 6 ust. 3 i 4 udu, jak już wyżej wskazano, zakres ochrony ujęto w nieco inny sposób wskazując na używanie „w nazwie” lub „w obrocie”. Zakładając racjonalność ustawodawcy w przypadku obu porównywanych tutaj przepisów należy przyjąć, iż przepis karny nie może być zakresowo szerszy od regulacji wynikającej z art. 6 ust. 3 i 4 udu. W kontekście stosowania choćby przepisów uznk do naruszeń art. 6 ust. 3 i 4 udu ochrona karnoprawna powinna korespondować z ochroną dostępną na gruncie prawa cywilnego.

Celem uzasadnienia dla omówionego powyżej unormowania można przywołać argumenty analogiczne, jak te formułowane w odniesieniu do nazw chronionych na gruncie upb czy uup⁵. W przypadku zakładów ubezpieczeń w piśmiennictwie szczególne znaczenie przypisuje się przypisywanej im funkcji instytucji zaufania publicznego (Malinowska, 2010, s. 97), co ma podkreślać również potrzebę silnej ochrony oznaczeń służących wyróżnieniu ich na rynku.

2.2. Pośrednicy ubezpieczeniowi

Specyficznego przykładu w zakresie ochrony oznaczeń dostarcza ustawa z 22.5.2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym (DzU nr 124, poz. 1154 ze zm., dalej: upu). Jeszcze w swoim pierwotnym brzmieniu⁶ przewidziano w niej zastrzeżenie wyłączności dla konkretnych określeń

„agent ubezpieczeniowy”, „broker ubezpieczeniowy” oraz „broker reasekuracyjny”). Wkrótce jednak okazało się, że tak dokładne oznaczenie nazw zastrzeżonych prowadzi „do dopuszczalności używania innych podobnych aczkolwiek różniących się określeń od ustawowo zastrzeżonych”⁷. Dostrzeżenie powyższych mankamentów pierwotnej regulacji zaowocowało jej nowelizacją⁸, za czym dodatkowo miała przemawiać konieczność objęcia ochroną podmiotów pochodzących z innych państw członkowskich UE⁹.

Art. 14. Określenia wskazujące na wykonywanie działalności agencyjnej lub czynności agencyjnych mogą być używane w nazwie lub reklamie oraz do oznaczenia działalności wyłącznie przez podmiot wpisany do rejestru agentów ubezpieczeniowych lub podmiot wykonujący działalność agencyjną lub czynności agencyjne na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zgodnie z art. 16 ust. 1.

Art. 27. Określenia wskazujące na wykonywanie działalności brokerskiej w zakresie ubezpieczeń lub reasekuracji mogą być używane w nazwie lub reklamie oraz do oznaczania działalności wyłącznie przez podmiot posiadający zezwolenie na wykonywanie działalności brokerskiej w zakresie ubezpieczeń lub reasekuracji na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej albo podmiot wykonujący działalność brokerską w zakresie ubezpieczeń lub reasekuracji na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zgodnie z art. 31 ust. 1.

Art. 48. 1. Kto, nie będąc agentem ubezpieczeniowym, brokerem ubezpieczeniowym lub reasekuracyjnym albo podmiotem wykonującym czynności agencyjne albo czynności brokerskie w zakresie ubezpieczeń lub reasekuracji na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z art. 16 ust. 1 i art. 31 ust. 1, używa określeń wskazujących na wykonywanie czynności agencyjnych albo czynności brokerskich w zakresie ubezpieczeń lub reasekuracji w nazwie, reklamie lub do oznaczania własnej działalności gospodarczej podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo karze pozbawienia wolności do roku.

2. Tej samej karze podlega, kto dopuszcza się czynu określonego w ust. 1, działając w imieniu osoby prawnej.

W aktualnym stanie prawnym ustawodawca w sposób ogólny¹⁰ wskazał, iż ochronie podlegają „**określenia wskazujące na wykonywanie działalności agencyjnej lub czynności agencyjnych**” (art. 14 upu) względnie „**działalności brokerskiej w zakresie ubezpieczeń lub reasekuracji**” (art. 27 upu). W stosunku do pierwotnego brzmienia tych przepisów w efekcie wskazanej powyżej nowelizacji niewątpliwie doszło do znaczącego poszerzenia zakresu „monopolu nazewniczego”. Takie posunięcie legislacyjne zdaje się potwierdzać stanowisko, zgodnie z którym rozszerzająca interpretacja ustawowych zastrzeżeń nazewniczych zmierzająca do rozciągania ochrony na oznaczenia podobne może być zakwestionowana.

Beneficjentami regulacji wynikającej z art. 14 oraz art. 27 upu są właściwie dwie grupy przedsiębiorców: agenci oraz brokerzy ubezpieczeniowi prowadzący działalność na terytorium Polski, w tym także mający siedzibę lub miejsce zamieszkania w innym państwie członkowskim UE¹¹. W obu przypadkach zakres wyłączności w posługiwaniu się chronionymi oznaczeniami jest szeroki; obejmuje ich używanie „w nazwie lub reklamie oraz do oznaczenia działalności” uprawnionego podmiotu.

Naruszenia powyższych zasad¹² oznaczania działalności agentów i brokerów ubezpieczeniowych są penalizowane na podstawie art. 48 upu jako występki. Od strony podmiotowej przepis ten został sformułowany jako przestępstwo indywidualne. Jego sprawcą nie może być bowiem sam uprawniony przedsiębiorca podlegający reżimowi upu. Sankcje karne¹³ z tytułu naruszenia tego przepisu grożą podmiotom nie będącym pośrednikami ubezpieczeniowymi. Podkreśla to znaczenie wyłączności w zakresie zastrzeżonych dla nich oznaczeń. Zabronione jest przy tym używanie określeń wskazujących na wykonywanie czynności agencyjnych, albo czynności brokerskich w zakresie ubezpieczeń lub reasekuracji w nazwie, reklamie lub do oznaczania własnej działalności gospodarczej. Przepis karny w tym zakresie słusznie koresponduje z brzmieniem art. 14 oraz art. 27 upu, choć warto zwrócić uwagę na to, że sformułowanie „określeń wskazujących na wykonywanie” może być potraktowane jako zwrot niedookreślony, co w kontekście podstawowych zasad prawa karnego może budzić pewne wątpliwości. Jednocześnie konsekwencją takiego ujęcia znamion jest uznanie, iż powyższego występkę może dopuścić się przede wszystkim przedsiębiorca¹⁴.

Brak bliższego sprecyzowania chronionych oznaczeń ma także określone konsekwencje na gruncie ochrony cywilnoprawnej. Po stronie podmiotów nie posiadających statusu pośredników ubezpieczeniowych, a działających na regulowanym przez upu rynku, oznacza to zwiększone ryzyko zakwestionowania ich praktyk. Poza zabiegami interpretacyjnymi w piśmiennictwie (Bałasz, 2005, s. 89; Wieczorek, 2010, s. 1144) ważną rolę odegrać może tutaj praktyka orzecznicza. Z kolei dla agentów oraz brokerów ubezpieczeniowych taka regulacja pozostawia szerszą swobodę w zakresie doboru oznaczeń, którymi chcą posługiwać się na rynku. Jak słusznie odnotowuje się w literaturze swoboda ta nie oznacza jednak dowolności (Wieczorek, 2010, s. 1144). Muszą oni bowiem liczyć się z zarzutami znajdującymi oparcie choćby w uznk czy upnp, jeżeli stosowane przez nich oznaczenia rodzą choćby ryzyko pomyłek wśród klientów lub kontrahentów. Wysunięcie takich zarzutów wobec agentów ubezpieczeniowych, zważywszy na szczególną relację łączącą ich z zakładami ubezpieczeń i ich pozycję rynkową wobec klientów, może skutkować reperkusjami właśnie po stronie zakładów ubezpieczeń.

Przyjęty w upu kształt regulacji nie pozwala na wskazanie obligatoryjnych określeń, które wyróżniałyby pośredników na rynku. Rodzi to potencjalne ryzyko sporów między samymi pośrednikami. W celu ich rozstrzygnięcia konieczne będzie korzystanie z ogólnych zasad ochrony oznaczeń odróżniających, wynikających przede wszystkim z przepisów uznk. Wobec obecnego stopnia zorganizowania samorządu zawodowego¹⁵, spory tego rodzaju będą zapewne rozstrzygane raczej na forum poszczególnych instytucji samoregulacyjnych niż przed sądem powszechnym. Niemniej jednak w piśmiennictwie (Wieczorek, 2010, s. 1144) to właśnie przepisy uznk traktowane są jako źródło podstawowych narzędzi służących do oceny każdorazowego odstępstwa od zasad ochrony oznaczeń uregulowanych w upu. Tym samym akcentowany jest ich główny cel w postaci zabezpieczenia interesów konsumentów oraz bezpieczeństwa transakcji (Bałasz, 2005, s. 89).

3. Oznaczenia rodzajowe w ramach kapitałowego systemu emerytalnego

Odnosząc się do aktów prawnych obowiązujących na rynku finansowym nie sposób pominąć regulacji w zakresie kapitałowego systemu emerytalnego. Poniższe uwagi dotyczą oznaczeń regulowanych w trzech ustawach stanowiących fundament prawny tego sektora: ustawie z 28.8.1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (tekst jedn.: DzU 2013, poz. 989 ze zm., dalej: uoffe), ustawie z 20.4.2004 r. o indywidualnych kontach emerytalnych oraz indywidualnych kontach zabezpieczenia emerytalnego (tekst jedn.: DzU 2014, poz. 1147 ze zm., dalej: uike) oraz ustawie z 20.4.2004 r. o pracowniczych programach emerytalnych (tekst jedn. DzU 2014, poz. 710, dalej: uppe).

3.1. Fundusze oraz towarzystwa emerytalne

W przepisach uoffe regulacji poddano aż sześć oznaczeń przysługujących dwóm typom podmiotów działających w tym sektorze. Chodzi o następujące określenia: „**otwarty fundusz emerytalny**”, „**pracowniczy fundusz emerytalny**”, „**dobrowolny fundusz emerytalny**”, „**fundusz emerytalny**” zarezerwowane na rzecz funduszy emerytalnych oraz „**powszechne towarzystwo emerytalne**”, „**pracownicze towarzystwo emerytalne**” zastrzeżone dla towarzystw emerytalnych.

Art. 10. 1. Nazwa otwartego funduszu zawiera określenie „otwarty fundusz emerytalny”, nazwa pracowniczego funduszu zawiera określenie „pracowniczy fundusz emerytalny”, a nazwa dobrowolnego funduszu zawiera określenie „dobrowolny fundusz emerytalny”.

2. Wyłącznie fundusz utworzony zgodnie z niniejszą ustawą jest uprawniony do używania w swojej nazwie lub do określenia prowadzonej przez siebie działalności albo w reklamie określenia „fundusz emerytalny”.

Art. 28. 1. Firma powszechnego towarzystwa zawiera oznaczenie „powszechne towarzystwo emerytalne”, a firma pracowniczego towarzystwa zawiera oznaczenie „pracownicze towarzystwo emerytalne”.

2. Do używania oznaczeń wskazanych w ust. 1 są uprawnione wyłącznie towarzystwa utworzone zgodnie z niniejszą ustawą.

Art. 215. Kto nie będąc do tego uprawniony używa w nazwie (firmie) lub do określenia prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej albo w reklamie określeń, o których mowa w art. 10 ust. 2 lub art. 28 ust. 1, podlega grzywnie do 1 000 000 zł lub karze pozbawienia wolności do lat 2.

Uwzględniając szczególny charakter powiązania funduszy emerytalnych oraz stanowiących ich organy towarzystw emerytalnych, a także zbliżoną konstrukcję obu analizowanych poniżej przepisów, problematykę ochrony ich oznaczeń potraktowano łącznie, akcentując w kolejnych uwagach różnice towarzyszące odnośnym regulacjom ustawowym.

Zarówno art. 10, jak i art. 28 uoffe, wskazują na dwoiste ujęcie ochrony stosownych oznaczeń, spotykane już na gruncie omówionych powyżej ustaw¹⁶. Z jednej strony

dotyczą one typowych dla prawa firmowego ograniczeń w zakresie brzmienia nazwy danej osoby prawnej¹⁷. W tym przypadku uoffe zobowiązuje zarówno fundusze emerytalne („nazwa — zawiera określenie”), oraz towarzystwa emerytalne („firma — zawiera oznaczenie”), by w brzmieniu identyfikujących je określeń posłużyły się wskazanymi wyrazami. Stanowią one oznaczenia rodzajowe odpowiadające aktualnej¹⁸ typologii podmiotów wynikającej z postanowień ustawy¹⁹. Logicznym odpowiednikiem powyższego obowiązku jest przyznanie im uprawnienie do korzystania z zastrzeżonych oznaczeń. W przypadku funduszy emerytalnych zastrzeżenie to dotyczy używania wyrażenia „fundusz emerytalny” w nazwie, określania przy jego pomocy prowadzonej przez nie działalności albo²⁰ w reklamie²¹ (art. 10 ust. 2 uoffe). Została ona ujęta w sposób bardzo zbliżony do omówionych wyżej regulacji dotyczących poszczególnych rynków finansowych. Z kolei w odniesieniu do towarzystw emerytalnych posłużono się formułą nieco inną. Zamiast bowiem wyliczać obszary, w jakich dane podmioty mogą korzystać z chronionej nazwy, ustawodawca zadowolili się ogólnie brzmiącym stwierdzeniem wskazującym na uprawnienie „do używania” oznaczeń wskazanych w ustawie (art. 28 ust. 2 uoffe). Rozwiązanie to niewątpliwie przypomina regulację przyjętą w stosunku do funduszy inwestycyjnych oraz ich towarzystw na gruncie ufi²².

Podobieństwo do omawianych wcześniej regulacji potwierdza także przewidziany w uoffe przepis karny (Nowicki i Roszewski, 2003, s. 66). Sankcjonuje on zachowania osób nieuprawnionych, a więc nie korzystających ze statusu funduszu emerytalnego względnie towarzystwa funduszy emerytalnych. Zakazane są działania polegające na używaniu chronionych oznaczeń w nazwie (firmie) lub do określenia prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej albo w reklamie (art. 215 uoffe)²³.

3.2. „Indywidualne konto emerytalne” oraz „indywidualne konto zabezpieczenia emerytalnego”

Wśród regulacji obowiązujących w ramach kapitałowego systemu emerytalnego interesujące nas rozwiązanie zastosowano na gruncie uike.

Art. 18. Wyłącznie instytucje finansowe prowadzące IKE lub IKZE zgodnie z ustawą są uprawnione do określenia prowadzonej przez siebie działalności albo do używania w reklamie określenia „indywidualne konto emerytalne” lub „indywidualne konto zabezpieczenia emerytalnego” oraz skrótu „IKE” lub „IKZE”.

Art. 40. 1. Kto, nie będąc do tego uprawnionym, używa do określenia prowadzonej działalności lub reklamy określeń „indywidualne konto emerytalne” lub „indywidualne konto zabezpieczenia emerytalnego” albo skrótów „IKE” lub „IKZE”, podlega grzywnie do 1 000 000 zł lub karze pozbawienia wolności do lat 3.

2. Tej samej karze podlega, kto dopuszcza się czynu określonego w ust. 1, działając w imieniu lub interesie innej osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej.

W przepisie zamykającym rozdział I (przepisy ogólne) tej ustawy zapisano zastrzeżenie dla dwóch określeń

„indywidualne konto emerytalne”, „indywidualne konto zabezpieczenia emerytalnego”²⁴ oraz odpowiadających im skrótów „IKE” oraz „IKZE” (art. 18 uike). Od strony podmiotowej należy jedynie zaznaczyć, że powyższe zastrzeżenie przysługuje jedynie podmiotom posiadającym status instytucji finansowych prowadzących indywidualne konto emerytalne lub odpowiednio indywidualne konto zabezpieczenia emerytalnego. Zgodnie z art. 2 pkt 10 uike do tego grona należą: fundusze inwestycyjne, podmioty prowadzące działalność maklerską, zakłady ubezpieczeń, banki, a także dobrowolne fundusze emerytalne. Tak więc mamy tutaj do czynienia z aktorami szeroko rozumianego rynku finansowego, wobec których — co warto zauważyć — obowiązują już odrębne zasady w zakresie ochrony oznaczeń²⁵. Niejako w uzupełnieniu do tych regulacji na mocy art. 18 uike na ich użytek zarezerwowane zostały także określenia omawiane w tym miejscu. Znaczenie precyzujące uprawnienia tych podmiotów wobec wskazanych oznaczeń ma z kolei wyraźne wskazanie sposobów korzystania z nich. Mogą one zatem posłużyć instytucjom finansowym do określenia prowadzonej przez nie działalności albo²⁶ do używania w reklamie.

Specyfika tej regulacji przejawia się w tym, iż zakres zastrzeżenia ustanowionego tym aktem nie obejmuje posługiwania się tymi oznaczeniami w nazwie instytucji finansowych prowadzących indywidualne konto emerytalne lub indywidualne konto zabezpieczenia emerytalnego. Kwestie prawa firmowego schodzą tutaj ewidentnie na plan dalszy, co odróżnia art. 18 uike od większości rozwiązań, które zaprezentowano powyżej. Odmienność tą można wytłumaczyć charakterem przedmiotowych oznaczeń. Indywidualne konto emerytalne lub indywidualne konto zabezpieczenia emerytalnego stanowią bowiem szczególny rodzaj zapisu w rejestrze, względnie na rachunku (np. papierów wartościowych, pieniężnym, bankowy) prowadzonym przez uprawnione do tego podmioty²⁷. Tym samym niejako z natury służą one nie zidentyfikowaniu określonego przedsiębiorcy²⁸, ale raczej — posługując się terminologią zaczerpniętą z przepisów uznk oraz upnpr — usługi przez niego oferowanej. Określenia wskazane w art. 18 uike na gruncie uznk będą traktowane jako typ oznaczeń informacyjnych towarów oraz usług; posługiwanie się nimi w obrocie podlega ocenie na gruncie art. 10 uznk oraz art. 5–7 upnpr. Powyższemu zastrzeżeniu towarzyszy przepis karny (art. 40 uike). Sankcjonuje on przypadki naruszenia wyłączności w zakresie wynikającym z art. 18 uike²⁹. Na uwagę zasługuje tutaj precyzyjne określenie podmiotów, które mogą dopuścić się omawianego występu (art. 40 ust. 2 uike)³⁰.

3.3. „Program emerytalny”

Na koniec wspomnieć należy także o rozwiązaniu funkcjonującym na gruncie uppe. Również tutaj, określając zasady tworzenia i działania pracowniczych programów emerytalnych, ustawodawca nie omieszczał sformułować przepisu o charakterze zbliżonym regulacji zawartej w uike.

Art. 9. Określenie „program emerytalny” może być używane wyłącznie do określenia programów uregulowanych w niniejszej ustawie.

Art. 50. 1. Kto, nie będąc do tego uprawnionym, używa w firmie lub do określenia prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej albo w reklamie określenia „program emerytalny”, podlega grzywnie do 1 000 000 zł lub karze pozbawienia wolności do lat 3.

2. Tej samej karze podlega, kto dopuszcza się czynu określonego w ust. 1, działając w imieniu osoby prawnej.

3. Orzekanie w sprawach o czyny, o których mowa w ust. 1 i 2, następuje w trybie przepisów postępowania karnego.

Przesłanki ochrony przyznanej w art. 9 uppe określeniu „program emerytalny” ujęto w nader zwięzłej formie. Inaczej bowiem niż w pozostałych omawianych powyżej regulacjach obowiązujących na rynku finansowym, przepis ten nie wskazuje żadnych konkretnych beneficjentów, podmiotów uprawnionych do używania tego oznaczenia. Biorąc pod uwagę specyfikę regulowanych uppe form oszczędzania można przyjąć, iż będą nimi podmioty realizujące dane programy. Do tego grona obok pracodawców, którzy spełniają wymogi niezbędne do utworzenia programu, należały będą instytucje finansowe zarządzające środkami gromadzonymi w poszczególnych programach (m.in. zakład ubezpieczeń, fundusz inwestycyjny lub zarządzający zagraniczny)³¹.

Równie „oszczędnie” wypada także określenie zakresu zastrzeżenia, które ma ograniczać się „do określenia programów uregulowanych w niniejszej ustawie”. Na tym tle nasuwają się wnioski analogiczne do tych, jakie sformułowano powyżej w odniesieniu do art. 18 uike (zob. pkt 3.2 powyżej). Przy czym w przypadku art. 9 uppe nie wspomina się nawet o posługiwaniu się danym oznaczeniem dla celów działalności reklamowej. Wytłumaczenia dla tej formuły ponownie należy poszukiwać w specyfice przedmiotu regulacji uppe. Niemniej jednak w kontekście rynkowym nie trudno sobie wyobrazić sytuację, w której podmiot finansowy lub pracodawca, w ramach praktyk służących tworzeniu swojego wizerunku będzie chciał podkreślić fakt zaangażowania w system dobrowolnego oszczędzania na emeryturę. Konsekwencją zastrzeżenia z art. 9 uppe będzie dopuszczalność takiego przekazu, o ile dotyczy on właśnie programu podlegającego uppe.

Za szeroką interpretacją zastrzeżenia dotyczącego określenia „program emerytalny” przemawia także jedyny w cytowanej ustawie przepis karny w postaci art. 50 uppe. W sposób wyraźny — znacznie bardziej precyzyjnie niż w przypadku art. 9 uppe — poddano w nim penalizacji określone formy korzystania z chronionego oznaczenia. Zakazane jest zatem używanie go „w firmie lub do określenia prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej albo w reklamie” (art. 50 ust. 1 uppe). Sprawcami tego występu³² mogą być osoby nie legitymujące się stosownym uprawnieniem³³, w tym osoby fizyczne działające w imieniu osoby prawnej (art. 50 ust. 2 uppe). Tym samym przepis ten odnosi się do praktyk realizowanych w sferze działalności gospodarczej.

4. Podsumowanie

Aktualnie blisko 30 oznaczeń rodzajowych jest przedmiotem zastrzeżeń nazewniczych na gruncie krajowych regulacji z zakresu prawa rynku finansowego. Oczywiście

jest to grupa zróżnicowana. Elementem łączącym prezentowane powyżej regulacje odnoszące się do poszczególnych nazw rodzajowych czy oznaczeń informacyjnych jest niewątpliwie fakt ich przynależności do szeroko rozumianej sfery działalności na rynku finansowym. Wszystkie z oznaczeń wyżej omówionych odnoszą się do specyficznego sektora usług oferowanych przez określone podmioty podlegające ustawowym reżimom regulacyjnym. Warto zatem podkreślić, że ochrona powyższych oznaczeń nie ma samodzielnego charakteru, lecz stanowi immanentny element każdorazowej reglamentacji, a tym samym jest podporządkowana jej zasadniczym celom. Jednocześnie fakt, iż ustawodawca z taką konsekwencją ustanawia kolejne przepisy odnoszące się do ochrony specyficznych oznaczeń, zdaje się wskazywać na znaczenie nazw rodzajowych w sektorze usług finansowych.

Z perspektywy ekonomicznej omówione zastrzeżenia można traktować jako narzędzia służące do usprawnienia komunikacji przedsiębiorców z otoczeniem rynkowym (Nestoruk, 2014, s. 109). Użycie bowiem danego oznaczenia stanowi prosty przekaz, w którym skondensowane są (przynajmniej w części) zasadnicze informacje na temat samego podmiotu, w tym oferowanych przezeń usług. Sprzyja to standaryzacji w obrocie, tak gospodarczym, jak i prawnym. W efekcie prawna regulacja takich oznaczeń może być uznana za metodę ograniczania asymetrii informacji oraz kosztów transakcyjnych, szczególnie w kontekście założeń towarzyszących ochronie interesów podmiotów nieprofesjonalnych (konsumentów).

Stosownie do charakteru przepisów regulujących działalność na rynku finansowym także omówione tutaj zastrzeżenia nazewnicze przybierają formę zakazów publicznoprawnych. Ich oddziaływanie wykracza jednocześnie daleko poza sferę stosunków administracyjnych, ingerując również w relacje typowe dla prawa prywatnego. Wyrazem tego jest choćby konieczność sięgania przy ocenie skutków prawnych posługiwania się zastrzeżonymi nazwami do przepisów składających się na krajowe prawo oznaczeń (prawo firmowe oraz prawo zwalczania nieuczciwej konkurencji). Wydaje się to o tyle zrozumiałe, że przecież żadna z wyżej wskazanych regulacji ustawowych z uwagi na administracyjnoprawny charakter składających się na nią przepisów nie formułuje w sposób autonomiczny podstaw dla roszczeń cywilnoprawnych.

Zaprezentowane powyżej zastrzeżenia nazewnicze warto odnieść również do regulacji istniejących w sferze praw wyłącznych własności przemysłowej. W tym kontekście należy podkreślić, iż ochrona prawna przyznana nazwom podmiotów świadczących usługi na rynku finansowym lub samym tym usługom — mimo nasuwających się analogii — nie powinna być stawiana na równi z ochroną przysługującą dobrom niematerialnym własności przemysłowej, w szczególności znakom towarowym. Aczkolwiek określenia te w swojej istocie służą koncentrowaniu pewnych informacji i wyobrażeń (znaczeń), tym samym zaliczają się do szerokiej grupy „oznaczeń”, to jednak ich rodzajowy charakter w połączeniu z ich zastrzeżeniem w ramach konkretnej sfery świadczenia usług finansowych sprawia, iż nie sposób traktować ich jako oznaczeń dys-

tynktywnych w rozumieniu przepisów pwp (Skubisz, 2012, s. 56). W tym sensie krytycznie należy ocenić posługiwanie się przez ustawodawcę zwrotami typu „wyłącznie”, „wyłączne prawo” w prezentowanych unormowaniach. Wskazaną tutaj „wyłączność” należy bowiem rozumieć jedynie jako zastrzeżenie na rzecz określonych podmiotów uprawnienia do korzystania z chronionych tym samym nazw rodzajowych. Jak każde oznaczenia rodzajowe, także i te wskazane powyżej posiadają specyficzną funkcję odróżniającą. Odnosi się ona jednak nie do relacji między indywidualnymi przedsiębiorcami a świadczonymi przez nich usługami, lecz do określonej ustawowo kategorii przedsiębiorców — najczęściej w sensie ekonomicznym będących konkurentami — służąc ich wyróżnieniu z grona poszczególnych podmiotów działających w obrębie świadczenia usług finansowych. Niezwykle dynamicznie rozwijająca się sfera usług finansowych, gdzie usługi bankowe, inwestycyjne, ubezpieczeniowe i inne poddawane są odmiennym regulacjom, koniecznym czyni posłużenie się narzędziem dystynkcji nazewniczych (funkcja odróżniająca). Z jednej strony pomaga ono w utrwaleniu poszczególnych reżimów regulacyjnych, co silnie zdają się akcentować surowe sankcje karne grożące za naruszenie danego „monopolu nazewniczego”. Z drugiej odpowiada na potrzebę zapewnienia transparentności przekazów rynkowych (funkcja regulacyjna), a tym samym z perspektywy popytu sprzyja lepszej orientacji klientów korzystających z różnorodnych usług oferowanych na tym rynku (funkcja informacyjna).

W efekcie na tle powyższej prezentacji nie wyłania się całkowicie jednolity i spójny model regulacji. Można wprowadzić zasadnie mówić o pewnej tendencji ustawodawcy wyrażającej się w ustanawianiu kolejnych zastrzeżeń nazewniczych. Nie oznacza to bynajmniej, iż ich tworzeniu towarzyszy każdorazowe sięganie po pewne wspólne, dobrze wypracowane (modelowe) rozwiązanie normatywne. Istniejące rozbieżności są bowiem ewidentne. Dotyczą zarówno samej formuły „wyłączności” (uprawnienie czy obowiązek korzystania z danej nazwy), jaki i wynikającego z niej zakresu (firma, reklama czy inne obszary wykorzystania nazw). Jednolitość metody regulacji nie jest zachowana także w odniesieniu do precyzyjności przy określaniu brzmienia zastrzeżonych określeń³⁴. Podobnie też w zdecydowanej większości, a zatem nie we wszystkich przypadkach ustawodawca posłużył się przepisami karnymi w celu ochrony zastrzeżeń nazewniczych³⁵.

Różnice te można wprowadzić tłumaczyć powołując się na specyfikę każdorazowej regulacji. Niemniej jednak stoją one w pewnej sprzeczności z wyrażanym w piśmiennictwie stanowiskiem dotyczącym *ratio legis* zastrzeżeń nazewniczych. Wyraźnie wynika z niego tendencja do formułowania bardzo podobnych argumentów³⁶ przy uzasadnianiu potrzeby obowiązywania poszczególnych unormowań. Mogłoby to sugerować zbieżność przyświecających im celów. Taką sytuację można także potraktować jako pretekst do poszukiwania rozwiązań *de lege ferenda*, które mogłyby służyć jako swoisty wzorzec regulacyjny w zakresie ochrony oznaczeń przedsiębiorców specyficznych dla sfery usług finansowych.

Literatura

- Bałasz, P. Szaniawski, K. (2005). *Ustawa o pośrednictwie ubezpieczeniowym. Komentarz*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze.
- Chróścicki, A. (2010). *Ustawa o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Kowalewski, E. (2004). Komentarz do art. 5–30 udu. W: E. Kowalewski, T. Sangowski, *Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Komentarz*. (41–68). Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis.
- Malarewicz, A. (2009). *Konsument a reklama. Studium cywilistyczne*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Malinowska, K. (2010). Komentarz do art. 6 udu. W: Z. Brodecki, M. Glicz, M. Serwach (red.), *Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Komentarz*. Tom I. *Komentarz do przepisów prawnych o funkcjonowaniu rynku ubezpieczeń*. (97–99). Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Nestoruk, I.B. (2014). Problematyka nazw prawnie zastrzeżonych na przykładzie nazw rodzajowych obiektów hotelarskich. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej*, z. 124, 92–111.
- Nowicki, D. Roszewski, Z.J. (2003). Powszechne товарищество emerytalne — spółka akcyjna szczególnego rodzaju. *Prawo Spółek*, (7–8), 62–73.
- Sejm RP. (2004). *Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym oraz niektórych innych ustaw. Druk Sejmu IV kadencji nr 3421 z 3.11.2004 r.* Warszawa.
- Skubisz, R. (2012). Pojęcie i systematyka prawa własności przemysłowej. W: R. Skubisz (red.), *System prawa prywatnego. Tom 14a. Prawo własności przemysłowej*. (43–69). Warszawa: C.H. Beck.
- Świerczyński, M. (2007). Usługi instytucji finansowych. W: E. Traple (red.), *Prawo reklamy i promocji*. (103–115). Warszawa: LexisNexis.
- Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. (2010). *Raport z badania konkurencji na rynku pośredników opłat gotówkowych*. Warszawa. www.uokik.gov.pl (19.9.2013).
- Wieczorek, E. (2010). Komentarz do art. 14 upu. W: Z. Brodecki, M. Glicz, M. Serwach (red.), *Prawo ubezpieczeń gospodarczych. Komentarz*. Tom I. *Komentarz do przepisów prawnych o funkcjonowaniu rynku ubezpieczeń*. (1143–1144). Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- ¹ Takiej rozbudowanej regulacji nie przewidywała poprzedniczka udu — por. art. 14 pkt 1 oraz art. 90j ustawy z 28.7.1990 r. o działalności ubezpieczeniowej (tekst jedn.: DzU 1996, nr 11, poz. 62 ze zm.). Z kolei to właśnie ta regulacja nawiązywała do art. 6 obowiązującego do początku lat 50-tych ubiegłego wieku Rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z 26.1.1928 r. o kontroli ubezpieczeń (DzU nr 9, poz. 64 ze zm.).
- ² Poza jedną uwagę, iż w przypadku spółek akcyjnych ustawodawca zachował rozróżnienie pojęcia nazwy i firmy, co nie znajduje już dzisiaj usprawiedliwienia na gruncie nomenklatury przyjętej w art. 305 Ksh w związku z art. 43⁵ Kc.
- ³ Zob. uwagi na temat aspektów reklamowych: Malarewicz, 2009, s. 149; wierczyński, 2007, s. 109.
- ⁴ Sankcją grożącą za obie formy tego występku jest kara grzywny, kara ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku (art. 230 ust. 1 *in fine* udu).
- ⁵ Zob. uwagi w pkt 2 oraz 5 części 1 niniejszej publikacji.
- ⁶ Z kolei na gruncie poprzedniego stanu prawnego wyraźnej ochronie podlegały jedynie określenia „broker ubezpieczeniowy” lub „broker reasekuracyjny”. Stosowne przepisy (art. 35h oraz art. 90j) do przywołanej wyżej ustawy z 28.7.1990 r. o działalności ubezpieczeniowej wprowadzono już w połowie lat 90-tych. Zob. art. 1 pkt 31) oraz 80) ustawy z 8.6.1995 r. o zmianie ustawy o działalności ubezpieczeniowej, o zmianie rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej — Kodeks handlowy oraz o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych (DzU nr 96, poz. 478 ze zm.).
- ⁷ Na przykład: „firma brokersko-ubezpieczeniowa” czy „agencja ubezpieczeniowa” (Sejm RP, 2004, s. 4 i n.).
- ⁸ Zob. art. 1 pkt 13), 18) i 34) ustawy z 18.2.2005 r. o zmianie ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym oraz niektórych innych ustaw (DzU nr 48, poz. 447 ze zm.).
- ⁹ Przepisy uup służą bowiem transpozycji do polskiego prawa przepisów dyrektywy 2002/92/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 9.12.2002 r. w sprawie pośrednictwa ubezpieczeniowego (DzUrL L 9 z 15.1.2003 r., s. 3 i n.; polskie wyd. specjalne z 2004 r.: DzUrL WE Rozdz. 6, Tom 4, s. 330 i n.). Dyrektywa ta nie zawiera jednak wyraźnych przepisów odnoszących się do ochrony nazw rodzajowych.
- ¹⁰ Co decyduje o odmienności omawianej regulacji w stosunku do przepisów ugt (zob. pkt 3. cz. 1), ufi (zob. pkt 4. cz. 1) czy udu (zob. pkt 2.1. powyżej).
- ¹¹ W tym ostatnim przypadku agent względnie broker ubezpieczeniowy korzystający ze swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług musi spełniać określone w ustawie wymogi.
- ¹² W literaturze przedmiotu mowa o „zasadzie prawdziwości”, co nasuwa pewne analogie do prawa firmowego — zob. Wieczorek, 2010, s. 1144.
- ¹³ Kara grożąca za ten występki jest grzywna, kara ograniczenia wolności albo karze pozbawienia wolności do roku.
- ¹⁴ Zgodnie z art. 48 ust. 2 upu powyższego występku dopuszcza się również osoba (fizyczna) działająca w imieniu osoby prawnej (Bałasz, 2005, s. 174; Wieczorek, 2010, s. 1212).
- ¹⁵ Zob.: Polska Izba Pośredników Ubezpieczeniowych i Finansowych oraz Polska Izba Brokerów Ubezpieczeniowych i Reasekuracyjnych.
- ¹⁶ Zob. uwagi dotyczące ufi w pkt 4. cz. 1.
- ¹⁷ Stanowiąc tym samym *lex specialis* wobec prawa firmowego — por. uwagi: Chróścicki, 2010, s. 78 i n.; Nowicki i Roszewski, 2003, s. 65 i n.; Kidyba, 2013, s. 67; Szwaja, 2008, s. 112.
- ¹⁸ Zob. art. 4 pkt 4 ustawy z 25.3.2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu ubezpieczeń społecznych (DzU nr 75, poz. 398 ze zm), który wprowadził do uoffe nową kategorię „otwartego funduszu emerytalnego”.
- ¹⁹ Zob. art. 9 ust. 1 oraz odpowiednio art. 27 ust. 2 uoffe.
- ²⁰ Użycie w przypadku tego wyliczenia łącznika „albo” sygnalizujące alternatywę rozłączną nie wydaje się fortanne. Sugerowałoby to bowiem ograniczenie omawianego tutaj uprawnienia do posługiwania się chronioną nazwą jedynie na jednym z obszarów „wyłącznieści”, a nie na wszystkich jednocześnie, co najbardziej odpowiada funkcji tego uprawnienia.
- ²¹ Przekazy informacyjne, w tym reklamowe, towarzyszące działalności omawianych tutaj podmiotów, podlegają rygorystycznemu nadzorowi. Jego zasady określa art. 197 uoffe (Świerczyński, 2007, s. 110 i n.) istotnie zmodyfikowany na mocy przepisów ustawy z 6.12.2013 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z określeniem zasad wypłaty emerytur ze środków zgromadzonych w otwartych funduszach emerytalnych (DzU poz. 1717).
- ²² Zob. uwagi na temat zastrzeżeń nazewniczych przyjętych w ufi sformułowane w cz. 1 pkt 4. Chociaż sięgając do tej regulacji warto zdać sobie sprawę z jej różnic w stosunku do art. 28 uoffe. W tym ostatnim przepisie nie przewidziano choćby odrębnej ochrony dla skrótu od nazwy „powszechne товарищество emerytalne” (Nowicki i Roszewski, 2003, s. 65).
- ²³ Wskazany tutaj występki podlega grzywnie do 1 000 000 złotych lub karze pozbawienia wolności do lat 2. Konstrukcyjnie ujęcie sankcji karnej w tym przypadku różni się jednak zasadniczo od sankcji alternatywno-kumulatywnej przewidzianej w art. 296 ufi (zob. pkt 4, cz. 1) czy art. 150 uup (zob. pkt 5, cz. 1).
- ²⁴ Ochrona tego oznaczenia i odpowiadające mu skróty jest konsekwencją wprowadzenia nowej formy oszczędzania w ramach III filaru dobrowolnego zabezpieczenia emerytalnego — zob. art. 12 pkt 16) ustawy z 25.3.2011 r. o zmianie niektórych ustaw związanych z funkcjonowaniem systemu ubezpieczeń społecznych (DzU nr 75, poz. 398 ze zm.).
- ²⁵ Zob. poczynione powyżej uwagi dotyczące działalności bankowej (pkt 2, cz. 1), rynku kapitałowego, w szczególności funduszy inwestycyjnych (pkt 4 cz. 1) oraz ubezpieczeniowej (pkt 2 powyżej).
- ²⁶ Analogicznie jak w przypadku art. 10 ust. 2 uoffe niejasne są powody, które skłoniły ustawodawcę do użycia w art. 18 uike łącznika „albo”, w efekcie prowadząc do rozdzielenia obszarów wyłącznego korzystania z chronionych oznaczeń.
- ²⁷ Zob. definicje legalne z art. 2 pkt 1) i 1a) uike.
- ²⁸ Wobec szerokiego rozumienia zwrotu „określenie prowadzonej przez siebie działalności” użytego w art. 18 uike nie powinno to wykluczać korzystania z nich jako oznaczeń przedsiębiorstwa, a nawet samego przedsiębiorcy, pod warunkiem jednak, że będzie nim instytucja finansowa wskazana w uike.
- ²⁹ Przewidując za to surowe sankcje w postaci kary grzywny do 1 000 000 złotych lub kary pozbawienia wolności do lat 3 (art. 40 ust. 1 uike). Por. wcześniejsze uwagi dotyczące art. 215 uoffe.
- ³⁰ Por. wcześniejsze uwagi dotyczące art. 150 uup (zob. pkt 5, cz. 1).
- ³¹ Zob. definicja legalna z art. 2 pkt 7 uppe.
- ³² Za jego popełnienie sprawcy grozi kara grzywny do 1 000 000 złotych lub kara pozbawienia wolności do lat 3.
- ³³ Co wymaga konkretyzacji, jak wskazano już w odniesieniu do art. 9 uppe.
- ³⁴ Jedyny wprowadzie, ale w tym kontekście istotny wyjątek, stanowi regulacja dotycząca pośredników ubezpieczeniowych (zob. pkt 2.2 powyżej).
- ³⁵ Zob. uwagi dotyczące określeń „gielda towarowa”, „gielda instrumentów finansowych” oraz „gielda papierów wartościowych” w pkt 3, cz. 1.
- ³⁶ Wśród nich centralne miejsce zajmuje ochrona interesów przedsiębiorców i ich klientów, szczególnie w kontekście przypisywanego instytucjom finansowym statusu zaufania publicznego (por. uwagi w pkt 2 i 5, cz. 1).

Status prawny SPZOZ — glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 lipca 2014 r. sygn. akt III UK 192/13

Legal status of independent public health care establishment — interpretation of Supreme Court award of 22 July 2014, ref. no. III UK 192/13

mgr Grzegorz Glanowski

Streszczenie

Na mocy komentowanego wyroku, Sąd Najwyższy odmówił uznania SPZOZ za przedsiębiorcę w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Kwestię tę należy uznać za sporną, gdyż przepisy regulujące status prawny SPZOZ-ów są wewnętrznie sprzeczne. W konsekwencji możliwe jest argumentowanie na rzecz przyjętego przez Sąd poglądu, jak też przeciwko niemu. Niniejszy tekst stanowi głosę krytykującą orzeczenie, jako niedostrzegające doniosłości argumentów materialnoprawnych determinujących istotę prowadzonej przez SPZOZ działalności gospodarczej, pozwalających uzasadnić uznanie go za przedsiębiorcę.

Słowa kluczowe:

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, przedsiębiorca, działalność gospodarcza.

Summary

Under indicated award of Supreme Court independent public health care establishment wasn't treated as an entrepreneur in the meaning of Act on Freedom of Economic Activity. Aforementioned issue is disputable due to internal contradictory of legal regulation. Hence, it is possible to argue for the benefit of Supreme Court as well as present arguments against its award. Hereby text introduces critical interpretation of court's judgment which doesn't contain the analysis of legal substantive arguments determining an essence of independent public health care establishment activity what enables to treat it as an entrepreneur.

Key words:

Independent public health care establishment, entrepreneur, economic activity.

To, że samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej działają w strukturze przedsiębiorstwa podmiotu leczniczego (art. 23 ust. 1 pkt 3 lub art. 218 ust. 2 ustawy z 2011 r. o działalności leczniczej) nie oznacza, że są przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy o swobodzie działalności, skoro „ustrojowe” przepisy ustawy o działalności leczniczej (art. 2 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 4 ust. 1 pkt 2) wyraźnie określają (definiują) te podmioty lecznicze (SPZOZ-y) jako niebędące przedsiębiorcami. To, że samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej mogą prowadzić działalność leczniczą polegającą także na typowo „gospodarczym” świadczeniu odpłatnych prywatnych usług leczniczych, poza lub obok świadczeń finansowych ze środków publicznych Narodowego Funduszu Zdrowia, a w konsekwencji „jurysdykcyjne” przyznanie im podmiotowości prawnej w sferze cywilnego obrotu gospodarczego, nie oznaczają, że w aktualnym stanie prawnym SPZOZ-y są przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy z 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, ponieważ taki status prawny wykluczają (negatywnie) przepisy „ustrojowej” ustawy o działalności leczniczej.

1. Wprowadzenie

Przedmiotem komentowanego orzeczenia było rozstrzygnięcie, czy na gruncie obowiązujących przepisów prawa, w szczególności ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (DzU 2010, nr 220, poz. 1447 z późn. zm., dalej: u.s.d.g.) Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej (dalej: SPZOZ) posiada, czy też nie

status przedsiębiorcy. Wskazane zagadnienie stanowi bardzo doniosły problem, gdyż jego rozstrzygnięcie rzutuje na zakres uprawnień, z których SPZOZ mógłby korzystać, jak też i obowiązków, które musiałby spełniać. Obecna regulacja prawna jest wewnętrznie sprzeczna, stąd też wystąpiło istotne zagadnienie prawne uzasadniające przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania.

2. Stan faktyczny

Orzeczenie zapadło w następującym stanie faktycznym. Zakład Ubezpieczeń Społecznych (dalej: ZUS) decyzją z dnia 18 czerwca 2012 r. odmówił Stacji Ratownictwa Medycznego-Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej dokonania interpretacji przepisów o obowiązku odprowadzania składek na Fundusz Emerytur Pomostowych (dalej: FEP) za pracowników zatrudnionych w warunkach szczególnych lub o szczególnym charakterze oraz wyjaśnienia, czy za pracowników zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy w warunkach o szczególnym charakterze na stanowisku kierowców karetok pogotowia, będących w okresie wypowiedzenia umowy o pracę bez świadczenia pracy należy odprowadzać składki na FEP. ZUS wskazał, że art. 10 u.s.d.g. legitymuje do wystąpienia z wnioskiem o interpretację przepisów jedynie podmiot posiadający status przedsiębiorcy.

3. Przebieg postępowania

SPZOZ złożył do Sądu Okręgowego odwołanie od ww. decyzji, argumentując, iż prowadzi profesjonalną działalność usługową w rozumieniu u.s.d.g., mającą charakter zorganizowany i ciągły, jest wyodrębnionym podmiotem posiadającym osobowość prawną, prowadzącym gospodarkę finansową we własnym zakresie.

Sąd Okręgowy przychylił się do poglądu ZUS-u, uznając, że wniosek o interpretację przepisów regulujących obowiązki przedsiębiorcy z zakresu danin publicznych oraz składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne może złożyć wyłącznie przedsiębiorca, a orzecznictwo sądów, na które w odwołaniu powoływał się SPZOZ utraciło ważność.

Sąd Apelacyjny utrzymał zaskarżony wyrok w mocy dodając, iż SPZOZ nie jest wpisany do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego. Nie stosuje się do niego również art. 50 u.s.d.g., nakazującego wpis do tego rejestru podmiotu figurującego w rejestrze stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji i publicznych ZOZ, w przypadku podjęcia działalności gospodarczej.

Sąd Najwyższy oddalił skargę kasacyjną SPZOZ-u zgadzając się z argumentacją sądów orzekających. Jednocześnie Sąd Najwyższy podkreślił, iż ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (DzU 2011, nr 112, poz. 654 z późn. zm., dalej: u.d.l.) wyraźnie zalicza SPZOZ-y do katalogu podmiotów leczniczych niebędących przedsiębiorcami.

4. Komentarz

Problem rozstrzygany w niniejszej sprawie może zostać przeanalizowany z perspektywy formalnej oraz materialnej działalności SPZOZ-ów. Przychylenie się do pierwszej lub drugiej ścieżki argumentacyjnej prowadzi do wniosku o nie

posiadaniu lub posiadaniu przez SPZOZ statusu przedsiębiorcy. Sąd Najwyższy zaprezentował w swoim orzeczeniu argumentację formalnoprawną, wykluczając status SPZOZ-u, jako przedsiębiorcy.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż Sąd Najwyższy powołał się na treść art. 2 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 4 ust. 1 pkt 2 u.d.l., jako przepisów negatywnych, wykluczających przyjęcie SPZOZ-u do katalogu podmiotów leczniczych — przedsiębiorców. Sąd Najwyższy określił przytoczone przepisy mianem „przepisów ustrojowych”. Zaprezentowana teza jest kontrowersyjna z następujących względów. Pojęcie ustroju, w słowniku języka polskiego¹ definiowane jest, jako zasady prawne określające sposób i organizację funkcjonowania danego podmiotu (państwa, społeczeństwa, instytucji itd.). W związku z powyższym przepisy ustrojowe determinują konkretne reguły, na których oparta jest działalność podmiotu, pozwalając na jej materialne scharakteryzowanie, opisanie czy przeanalizowanie. Z kolei wzmiankowane artykuły znajdują się w rozdziale pierwszym u.d.l., określającym przepisy ogólne. Art. 2 przedstawia słowniczek ustawowy, tj. zbiór pojęć, wykorzystywanych przez ustawodawcę na potrzeby przejrzystości przedmiotowego aktu prawnego. Art. 4 poświęcony jest natomiast kwestii systematyki pojęcia podmiotu leczniczego, przyjętej przez ustawodawcę dla uregulowania działalności leczniczej w Polsce. Omawiane artykuły odnoszą się zatem do nazewnictwa podmiotów, które mogą, jako podmioty lecznicze wykonywać przedmiotową działalność. Innymi słowy, we wzmiankowanych artykułach ustawodawca nie określa praw i obowiązków podmiotów leczniczych, nie określa zasad ich funkcjonowania w rynku medycznym, ani sposobu ich organizacji, ale dokonuje systematyki pojęć. W związku z tym przepisy powołane przez Sąd Najwyższy, błędnie zostały określone jako ustrojowe, ponieważ nie regulują w żadnej mierze ustroju SPZOZ-ów. Przepisy te mają charakter formalny, a nie materialny.

Po drugie, Sąd Najwyższy przychylił się do argumentacji Sądu Apelacyjnego, jakoby zaakceptowanie SPZOZ-u, jako przedsiębiorcy wykluczały tzw. przepisy rejestrowe. Konieczność wpisania SPZOZ-u do rejestru stowarzyszeń, innych organizacji społecznych i zawodowych, fundacji i publicznych ZOZ wprost ma wykluczać możliwość przypisania SPZOZ-om statusu przedsiębiorcy, ponieważ nie występują we właściwym dla nich rejestrze. Argument ten ma również jedynie znaczenie formalne, gdyż dotyczy kwestii ewidencjonowania podmiotów funkcjonujących w obrocie gospodarczym. Przepisy rejestrowe to przepisy porządkujące wykonywanie działalności gospodarczej w Polsce, przy czym nie warunkują możliwości jej faktycznego prowadzenia. Przepisy te nie determinują treści wykonywanej działalności, co następuje według obiektywnej oceny jej istoty.

W związku z powyższym, Sąd Najwyższy z przepisów regulujących kwestie formalne wyprowadza materialnoprawne skutki dla statusu prawnego SPZOZ-ów. W głosowanym orzeczeniu, Sąd Najwyższy nie uwzględnił istoty

prowadzonej działalności, nie analizuje innych argumentów prawnych, faktycznych, strukturalnych, czy ekonomicznych. Tym samym, Sąd Najwyższy z regulacji formalno-prawnej wyciąga rozstrzygający wniosek, jakoby materialna treść prowadzonej działalności była niewystarczająca dla uznania SPZOZ-u za przedsiębiorcę.

Przedstawiając katalog argumentów materialnych, na początku należy przeanalizować faktyczną aktywność tych podmiotów.

SPZOZ-y są podmiotami wyodrębnionymi organizacyjnie, posiadającymi osobowość prawną. Działają we własnym imieniu i na własny rachunek. Samodzielnie uczestniczą w obrocie gospodarczym, pokrywając koszty działalności we własnym zakresie. Działalność lecznicza polega m.in. na wykonywaniu świadczeń zdrowotnych, które to niewątpliwie posiadają charakter usługi², stąd też prowadzą działalność usługową, za którą otrzymują wynagrodzenie. Udzielanie świadczeń zdrowotnych nakierowane jest na osiągnięcie zysku, rozumianego jako nadwyżka przychodów nad kosztami³. Z perspektywy powstania przychodu po stronie SPZOZ-u zupełnie irrelevantnym jest, czy koszty udzielenia świadczenia zostały pokryte ze środków publicznych, czy prywatnych. Ekwiwalentem jego wykonania będzie zawsze określona suma pieniężna, która jest płaconą przez oddział wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia, albo osobiście przez pacjenta lub inny podmiot (np. pracodawcę, ubezpieczyciela prywatnego). Dlatego też, udzielonemu świadczeniu zdrowotnemu towarzyszy zapłata, będąca zarobkiem, do osiągnięcia którego placówka medyczna wprost zmierza. świadczenia zdrowotne wykonywane są w sposób zorganizowany — prawnie i faktycznie przygotowany i zaplanowany, przy użyciu ogółu składników majątkowych i niemajątkowych służących ich realizacji, zarówno w aspekcie formalnym, jak i materialnym (Sieradzka, Zdyb, LEX). Co więcej, prowadzona działalność posiada charakter ciągły, bowiem wiąże się z regularnie występującymi, powtarzającymi się i trwającymi czynnościami SPZOZ-u, pozwalając na przyjęcie stałości jej wykonywania⁴.

Powyższe wprost przesądza, że pozycja i działalność SPZOZ-u spełnia przesłanki zawarte w definicji przedsiębiorcy i definicji działalności gospodarczej. Nie zachodzą różnice między ustawowym standardem stworzonym przez ustawodawcę, pozwalającym zdefiniować cechy przedsiębiorcy i wykonywanej przez niego działalności gospodarczej od działalności SPZOZ-u. Dlatego też, w art. 16 ust. 1 u.d.l. ustawodawca wprost przesądził, że działalność lecznicza jest działalnością regulowaną w rozumieniu u.s.d.g. Jednocześnie w ust. 2 zastosowano wyłączenie spod tej systematyki podmiotów leczniczych działających w formie jednostek budżetowych, oraz wykonujących działalność pożytku publicznego lub działalność charytatywno-opiekuńczą. Działalność lecznicza wymienionych podmiotów nie stanowi zatem działalności gospodarczej. Zastosowane wyłączenie swoim zakresem nie obejmuje SPZOZ-ów, co *a contrario* oznacza, że wykonywana przez nie działalność

lecznicza jest działalnością gospodarczą. Omawiany przepis był nowelizowany (ustawa z dnia 14 czerwca 2012 r. o zmianie ustawy o działalności leczniczej oraz niektórych innych ustaw; DzU 2012, poz. 742). W związku z tym, wyłączeniem objęto właśnie podmioty wykonujące działalność pożytku publicznego lub działalność charytatywno-opiekuńczą. Jeżeli ustawodawca zamierzałby objąć przedmiotowym wyłączeniem SPZOZ-y z pewnością uczyniłby to przygotowując ustawę lub dokonał tego w ramach nowelizowana art. 16 u.d.l.

Odnosząc się do argumentów strukturalnych, należy zaznaczyć, że w art. 2 pkt 9 u.d.l. ustawodawca zdefiniował pojęcie szpitala, jako przedsiębiorstwo podmiotu leczniczego, w którym podmiot ten wykonuje działalność leczniczą w rodzaju świadczeń szpitalnych. Trudnym do zaakceptowania będzie twierdzenie, że przedsiębiorstwem może dysponować podmiot, który nie jest przedsiębiorcą, bo przecież zgodnie z art. 551 Kc jest ono zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej. Powołując się znowu na sferę faktycznej działalności SPZOZ-u, to jasnym jest, że świadczenia zdrowotne udzielane są właśnie w pomieszczeniach przedsiębiorstwa.

Ponadto, ustawodawca nie zwolnił SPZOZ-ów z obowiązku (ani go nie ograniczył) posiadania regulaminów organizacyjnych, które zgodnie z treścią art. 23 u.d.l. mają określać m.in. strukturę przedsiębiorstwa, w tym organizację procesu udzielania świadczeń zdrowotnych w przypadku pobierania opłat oraz ich wysokość, jeżeli świadczenia zdrowotne udzielane są za częściową albo całkowitą odpłatnością.

Nawiązując do argumentów sfery ekonomicznej należy wskazać na art. 55 u.d.l., który stanowi, że SPZOZ może uzyskiwać środki finansowe z odpłatnej działalności leczniczej oraz z innej wydzielonej działalności niż wymieniona wyżej. Struktura komentowanego przepisu potwierdza tezę, że działalność lecznicza jest działalnością gospodarczą, a oprócz tego uprawnia SPZOZ do prowadzenia innej działalności gospodarczej, zatem innej działalności odpłatnej, jeżeli przewiduje to jego statut.

Dodatkowo z przepisów regulujących gospodarkę finansową SPZOZ-ów (art. 51-61 u.d.l.) wynika, że fundusz zakładu powiększa się o zysk netto (lub pomniejsza o stratę), a sam SPZOZ decyduje o jego podziale. SPZOZ pokrywa we własnym zakresie ujemny wynik finansowy. W tym miejscu należy podkreślić, że powstanie ujemnego wyniku finansowego, który nie zostanie pokryty przez podmiot tworzący, inicjuje mechanizm zmiany formy organizacyjnoprawnej SPZOZ-u lub prowadzi do jego likwidacji. Właśnie przepisy regulujące proces przekształcenia SPZOZ-ów w spółki kapitałowe przysparzają kolejnych argumentów za poglądem, że SPZOZ jest typowym podmiotem działającym dla zysku. SPZOZ będzie funkcjonował w dotychczasowej formie tak długo, jak generuje dodatni wynik finansowy.

Powyższe regulacje wskazują, że w odniesieniu do SPZOZ podstawową wytyczną w prowadzonej działalności musi być osiąganie zysku. Z punktu widzenia logiki, ekonomii, a nawet zasad finansów publicznych, innego założenia być nie może. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której kierownik SPZOZ-u zakłada prowadzenie działalności w celu osiągnięcia straty (ujemnego wyniku finansowego), zaś organ założycielski toleruje takie działania SPZOZ.

Ostatnie z powołanych przepisów jasno wskazują, że w razie, gdy nie jest możliwe prowadzenie działalności w formule SPZOZ (dla osiągnięcia zysku), z uwagi na osiągniętą stratę, organ założycielski musi podjąć decyzję o likwidacji SPZOZ lub jego przekształceniu w spółkę kapitałową.

Innymi słowy, działalność SPZOZ-u, tak jak działalność każdego przedsiębiorcy jest nakierowana na osiągnięcie dodatniego wyniku finansowego, pozwalającego na dalsze funkcjonowanie na rynku opieki zdrowotnej i na jego rozwój.

Wreszcie należy dokonać zestawienia różnic w działalności SPZOZ-u i spółki powstałej w wyniku jego przekształcenia. Opisana powyżej spółka zakresowo wykonuje tę samą działalność w oparciu o te same zasady świadczenia na rynku podmiotów leczniczych, w stosunku do tego samego odbiorcy usług i w oparciu o ten sam majątek. Stąd też, różnica w istocie wykonywanej działalności przed i po przekształceniu, a zatem po uzyskaniu formalnego statusu przedsiębiorcy, nie występuje. Świadczy to jedynie o iluzoryczności przyjętego przez Sąd Najwyższy podziału, wywodzonego z dominującej jego zdaniem roli przepisów formalnych.

W związku z implementacją dyrektywy transgranicznej⁵ do polskiego porządku prawnego ustawą z dnia 10 października 2014 r. o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, SPZOZ, tak jak podmioty lecznicze będące przedsiębiorcami od dnia 1 stycznia 2015 r. jest obowiązany do wystawiania pacjentom z innych krajów członkowskich rachunku za wykonane na ich rzecz procedury medyczne. Analizując charakter wykonanych w ramach opieki transgranicznej świadczeń należy dojść do przekonania, iż są to świadczenia komercyjne, prowadzące do powstania po stronie SPZOZ zysku, które ten wypracowuje i rozlicza na takich samych zasadach, jak inni przedsiębiorcy.

Wreszcie należy odwołać się do bogatego orzecznictwa Sądu Najwyższego⁶, Naczelnego Sądu Administracyjnego⁷, sądów powszechnych, sądów administracyjnych⁸, jak też organów administracji publicznej⁹, które na przestrzeni obowiązywania u.s.d.g. wytworzyły spójną linię orzecniczą. W świetle dominującego poglądu judykatury, przedsiębiorcą będzie ten podmiot, którego istota działalności odpowiada przesłankom skonstruowanym przez ustawodawcę. Innymi słowy, przedsiębiorcą będzie podmiot, którego działalność posiada cechy definicji działalności gospodarczej,

tj. ten, kto wykonuje czynności powtarzalne i w sposób pozwalający uznać je za zorganizowaną całość o charakterze gospodarczym lub zawodowym. W związku z tym, nie można wysnuć wniosku o posiadaniu lub nieposiadaniu statusu przedsiębiorcy z faktu, czy dany podmiot podlega, czy też nie podlega, wpisowi do rejestru przedsiębiorców. Status przedsiębiorcy nie zależy bowiem od uzyskania wpisu do rejestru, ale od podjęcia i wykonywania we własnym imieniu działalności gospodarczej lub zawodowej. Zgłoszenie i wpis do rejestru stanowi tylko podstawę rozpoczęcia działalności gospodarczej w rozumieniu jej legalizacji i nie jest zdarzeniem ani czynnością utożsamianą z podjęciem takiej działalności. Określenie przez samego przedsiębiorcę daty rozpoczęcia działalności wpisywanej do rejestru powoduje jedynie istnienie domniemania faktycznego, że ta działalność została podjęta oraz że jest prowadzona, jeśli odpowiedni wpis figuruje nadal w rejestrze¹⁰.

W związku z powyższym, każdorazowa ocena statusu przedsiębiorcy powinna zależeć od zbadania i scharakteryzowania wykonywanej działalności pod kątem przesłanek ustawowych. Po drugie, w wyżej przytoczonych orzeczeniach SPZOZ-y zostały uznane za przedsiębiorcę, właśnie z uwagi na charakter wykonywanej przez nie działalności. Po trzecie, należy podkreślić, że sądy orzekające w sprawie w żadnej mierze nie wyjaśniły, na czym polega dezaktualizacja dotychczasowych orzeczeń. Faktem jest, iż 1 lipca 2011 r. weszła w życie u.d.l., zastępując ustawę z dnia 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej (dalej: u.z.o.z.), niemniej jednak definicja przedsiębiorcy, jak też samej działalności gospodarczej nie uległa zmianie. Skoro zatem wykładnia pojęcia przedsiębiorcy i działalności gospodarczej, jako wzorca oceny jest niezmienna, to dlaczego orzecznictwo wydane na jej gruncie miałyby utracić swoją aktualność. Jak zostało już wskazane powyżej, istotą problemu jest zweryfikowanie, czy działalność SPZOZ-u wypełnia przesłanki ustawowe działalności gospodarczej i przedsiębiorcy. Skoro definicje te nie uległy zmianie, to punkt odniesienia jest również ten sam, niezależnie od tego, czy ustalenia zostały poczynione przed datą wejścia w życie u.d.l., czy też po tej dacie. Ponadto należy zaznaczyć, że u.d.l. w zakresie, w jakim reguluje działalność SPZOZ-ów jest niemal całkowitym powieleniem regulacji zawartej w u.z.o.z., dlatego też tym większe kontrowersje wzbudza twierdzenie o dezaktualizacji orzecznictwa.

5. Podsumowanie

Niewątpliwie regulacja statusu prawnego SPZOZ-ów w obowiązujących przepisach prawa jest niejednoznaczna. Jak wskazano na wstępie, w zależności od obranej argumentacji dojść można do różnych, wykluczających się wniosków. Dlatego też, przedmiotowe zagadnienie wymaga zdecydowanej interwencji ustawodawcy.

Z perspektywy omawianego problemu, istotnym jest jeszcze postawienie pytania o przyczynę dopuszczenia i tolerowania przez ustawodawcę sprzecznej wewnętrznie regulacji prawnej SPZOZ-ów.

Na potrzeby niniejszej glosy warto wymienić te natury politycznej, strukturalnej i ekonomicznej.

Mając na uwadze tło polityczne i wypływające z niego zapatrywania na organizację systemu ochrony zdrowia w Polsce, odmawianie SPZOZ-om statusu przedsiębiorcy, pozwala nabrać przekonania o zahamowaniu komercjalizacji systemu w odniesieniu do pewnych jego elementów, jakim są właśnie SPZOZ-y.

Jednocześnie uznając formułę SPZOZ-ów za nieodpowiadającą wymaganiom współczesnego obrotu gospodarczego oraz dostrzegając wewnętrzną sprzeczność istniejącej regulacji, ustawodawca zakłada zastępowanie SPZOZ-ów spółkami kapitałowymi. Stopniowe przekształcenia strukturalne zmierzają między innymi do pogodzenia istoty działalności SPZOZ-ów z przepisami formalnoprawnymi. Następuje to jednak powoli bez wywoływania dyskusji politycznej.

Odnosząc się do stanu faktycznego, tj. działań podejmowanych przez SPZOZ-y, a opartych przecież na obecnym stanie prawnym, można nabrać przekonania, że podmioty te chcą korzystać ze wszystkich przywilejów przed-

siębiorców, unikając jednocześnie ciężarów, jakie dotyczą każdego z nich. Wobec powyższego, SPZOZ-y powołując się na status przedsiębiorcy mogą udzielać komercyjnych świadczeń opieki zdrowotnej (Rek, Komentarz, LEX). Z kolei wskazując na brak tego statusu korzystają ze zwolnień podatkowych, preferencyjnych warunków w korzystaniu z mienia publicznego, czy też dodatkowych źródeł finansowania swojej działalności, zarezerwowanych wyłącznie dla jednostek, które nie są przedsiębiorcami.

Obowiązująca regulacja prawna nie sprzyja koherentności systemu a także równemu traktowaniu przedsiębiorców, będąc podstawą uzasadnionych zarzutów, co do faworyzowania w pewnych okolicznościach SPZOZ-ów. Z perspektywy spójności przepisów, korzystnym byłoby przejrzyste uregulowanie przez ustawodawcę statusu prawnego SPZOZ-ów, wprost jako przedsiębiorców, albo wyraźne wykluczenie ich z tego grona. Jednak powyższe wymagałoby podjęcia nowelizacji wielu przepisów, które występują w licznych aktach rangi ustawowej i podstawowej, co prawdopodobnie nie nastąpi. Ustawodawca opowiedział się raczej za powolnymi, aczkolwiek jednak następującymi przekształceniami strukturalnymi SPZOZ-ów. Stąd też, omówiony rozdział przepisów będzie trwał aż do zakończenia tego procesu.

Literatura

Rek, T. Komentarz do art. 44 ustawy o działalności leczniczej. LEX 116511.

Orzecznictwo

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 2010 r., sygn. akt IV CSK 371/09, LEX nr 811872.

Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2005 r. sygn. akt III CZP 11/05, LEX 148429.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2002 r., sygn. akt IV CKN 1667/00, LEX 55847.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 września 2008 r., sygn. akt II FSK 789/07, LEX nr 495147.

Uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 grudnia 2001 r., sygn. akt FPK 13/01, ONSA 2002/3/106.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia z dnia 17 września 1997 r., sygn. akt II SA 1089/96, LEX nr 31312.

Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 26 lipca 2006 r., sygn. akt VII SA/Wa 686/06, LEX nr 258495.

Decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konsumentów i Konkurencji z dnia

Sieradzka, M., Zdyb, M. Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz. LEX nr 145474.

18 grudnia 2012 r., nr RLI31/2012, http://www.uokik.gov.pl/decyzje_prezesa_uokik3.php, (dostęp 20 grudnia 2014 r.).

Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie o sygn. akt C 120/95 N. Decker.

Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie o sygn. akt C 158/96 R. Kohll.

Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie o sygn. akt C 368/98 A. Vanbrekel.

Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie o sygn. akt C 157/99 H.T.M. Peerbooms.

Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie o sygn. akt C 157/99 B.S.M. Smits.

Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie o sygn. akt C 173/09 G. Elcinow.

Wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie o sygn. akt C 512/08 EC vs. France.

¹ Słownik języka polskiego PWN, <http://sjp.pwn.pl>, (20.12.2014 r.).

² Wyroki Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawach o sygn. akt C 120/95 N. Decker, C 158/96 R. Kohll, C 368/98 A. Vanbrekel, C 157/99 H.T.M. Peerbooms, C 157/99 B.S.M. Smits, C 173/09 G. Elcinow, C 512/08 EC vs. France.

³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 września 2008 r., sygn. akt II FSK 789/07, LEX nr 495147.

⁴ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia z dnia 17 września 1997 r., sygn. akt II SA 1089/96, LEX nr 31312.

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/24/UE z 9 marca 2011 r. w sprawie stosowania praw pacjentów w transgranicznej opiece zdrowotnej, EUR-Lex — 32011L0024.

⁶ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 11 maja 2005 r. sygn. akt III CZP 11/05, LEX 148429, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2002 r., sygn. akt IV CKN 1667/00, LEX 55847.

⁷ Uchwała Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 17 grudnia 2001 r., sygn. akt FPK 13/01, ONSA 2002/3/106.

⁸ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 26 lipca 2006 r., sygn. akt VII SA/Wa 686/06, LEX nr 258495.

⁹ Decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konsumentów i Konkurencji z dnia 18 grudnia 2012 r., nr RLI31/2012, http://www.uokik.gov.pl/decyzje_prezesa_uokik3.php, (20.12.2014 r.).

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 2010 r., sygn. akt IV CSK 371/09, LEX nr 811872.

Nowelizacja ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów — najważniejsze zmiany w polskim prawie antymonopolowym (część 1)

Amendment to the act on competition and consumer protection — the main changes in polish antimonopoly law (part 1)

Oddajemy do rąk Czytelników publikację, w której omówiono i oceniono nowe przepisy wprowadzone do polskiego prawa antymonopolowego w wyniku nowelizacji z dnia 10 czerwca 2014 r. (ustawa z dn. 10.06.2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik) oraz ustawy Kodeks postępowania cywilnego — DzU 2014, poz. 945). Wejściu w życie ustawy nowelizującej towarzyszyła żywa dyskusja w ramach konsultacji społecznych. Niestety z ubolewaniem musimy przyznać, że nie uwzględniono istotnych uwag zgłaszanych do projektu ustawy. Natomiast niektóre z wprowadzonych zmian są niepełne, niezrozumiałe, czy też niejasny jest ich stosunek do innych przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Autorzy uznali za konieczne podzielenie się obawami o skuteczność funkcjonowania nowych regulacji prawnych. Przedstawiono kluczowe zmiany w prawie antymonopolowym dotyczące:

- 1) odpowiedzialności osoby zarządzającej za naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję,
- 2) instytucji *remedies*,
- 3) instytucji *settlement*,
- 4) koncentracji przedsiębiorców,
- 5) kontroli i przeszukania,
- 6) podania do publicznej wiadomości informacji o naruszeniu interesów konsumentów,
- 7) kar antymonopolowych,
- 8) systemu *leniency plus*.

Dopiero jednak praktyka stosowania znowelizowanej ustawy antymonopolowej ukaże, czy obawy, co do przyjętych rozwiązań okazały się uzasadnione oraz, czy zakładane cele nowelizacji ustawy zostaną osiągnięte.

We are pleased to present our readers with a publication, which discusses and evaluates a new regime introduced to Polish antimonopoly law by the 10 June 2014 amendment (Act of 06.10.2014 amending the act on competition and consumer protection and the Civil Proceeding Code — Journal of Laws, 2014, item 945). The amendment not only modifies the existing rules, but provides for new legal instruments. The authors review the novelties enshrined in the amended antimonopoly law. The changes, which will be implemented by the amendment, are meant to increase the effectiveness in achieving the objectives of competition law, i.e. competition protection in the public interest. The authors have considered it necessary to share their concerns about the effectiveness of the new regulations. The key changes in antimonopoly law include:

- 1) personal liability of individuals managing a company for competition law infringements,
- 2) remedies,
- 3) settlement procedure,
- 4) concentration of entrepreneurs,
- 5) inspection and search,
- 6) public disclosure of the practices infringing consumer interests,
- 7) antimonopoly fines,
- 8) leniency plus programme.

dr Małgorzata Sieradzka
Uczelnia Łazarskiego

NOWE INSTRUMENTY USTAWY O OCHRONIE KONKURENCJI

1. Odpowiedzialność osób zarządzających (art. 6a uokik)

— zakres podmiotowy

osoby pełniące funkcje kierownicze lub wchodzące w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy, które poprzez swoje działanie lub zaniechanie dopuściły stosowania praktyk, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik;

— sankcja

kara pieniężna do 2 mln zł;

— przesłanki odpowiedzialności

zależność od odpowiedzialności przedsiębiorcy, element subiektywny — wina umyślna.

2. *Settlements* — dobrowolne poddanie się karze (art. 89a uokik)

— zakres

przedsiębiorca, który poddaje się karze uzyskuje 10% redukcję kary pieniężnej;

— przesłanki zastosowania

oświadczenie przedsiębiorcy o dobrowolnym poddaniu się karze i zaakceptowanie jej wysokości, niemożliwość kwestionowania w postępowaniu odwoławczym ustaleń organu antymonopolowego.

3. *Remedies* — środki zaradcze (art. 10 ust. 4–7 uokik)

— cel

efektywność w wyeliminowanie praktyk ograniczających konkurencję lub usunięcie ich skutków;

— zakres

określenie sposobu wykonania decyzji,

możliwość nałożenia w drodze decyzji zakazu bądź nakazu podejmowania określonych działań.

4. Kontrola koncentracji (art. 13–22 uokik)

— zakres

wprowadzenie dwuetapowego systemu rozpatrywania wniosków:

I etap (1 miesiąc):

sprawy niewymagające przeprowadzenia badania rynku i niebudzące wątpliwości co do ich wpływu na rynek;

II etap (kolejne 4 miesiące):

przejdą do niej sprawy skomplikowane i wymagające dalszej analizy rynku,

wydanie decyzji warunkowej pozwoli przedsiębiorcy wnioskować o utajnienie części warunku, w której zawarte będą informacje na temat terminu w jakim przedsiębiorca m np. wyzbyć się określonego mienia;

— *competition concern*

w trakcie postępowania organ antymonopolowy poinformuje przedsiębiorcę o swoich zastrzeżeniach dot. antykonkurencyjnych skutków planowanej transakcji. Dzięki temu, jeszcze w toku sprawy strony poznają prawdopodobny kierunek rozstrzygnięcia oraz będą miały możliwość odniesienia się do stanowiska organu antymonopolowego przed wydaniem ostatecznej decyzji.

5. Kontrola i przeszukiwanie

— zakres

rozdzielenie kontroli od przeszukiwania,

uściślenie praw i obowiązków kontrolujących i kontrolowanych,

wprowadzenie zażalenia na przeszukiwanie.

6. Publiczne poinformowanie o naruszeniu interesów konsumentów (art. 73a uokik)

— cel

— prewencja

— warunki stosowania

wszczęte postępowanie w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów,

uzasadnione podejrzenie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, gdy może to narazić konsumentów na znaczne straty finansowe lub niekorzystne skutki.

7. Leniency plus (art. 113 d uokik)

Przedsiębiorca będzie miał możliwość uzyskania dodatkowej redukcji kary (proponowane 30 proc.), w zamian za przekazanie informacji o kolejnym porozumieniu, w którym brał udział.

Poinformowanie organu antymonopolowego o porozumieniu umożliwia mu uzyskanie statusu pierwszego wnioskodawcy leniency, a tym samym zwolnienia z kary finansowej.

Odpowiedzialność osoby zarządzającej za naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję — zwiększenie skuteczności karania za kartele?

Personal liability of individuals managing a company
for competition restricting practices
— will it really improve the effectiveness of sanctions in cartel cases?

dr Małgorzata Sieradzka

Streszczenie

Odpowiedzialność osób zarządzających w polskim prawie antymonopolowym nie jest nową regulacją prawną. Funkcjonują bowiem przepisy umożliwiające nałożenie kary na osobę zarządzającą za naruszenia przepisów proceduralnych. Możliwość nałożenia kary na osoby fizyczne, oprócz kary wymierzonej przedsiębiorcy, stanowi poszerzenie katalogu podmiotów odpowiedzialnych z tytułu naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Prawo karania osób zarządzających jest uzależnione od wystąpienia przesłanek odpowiedzialności. Analiza instytucji odpowiedzialności osoby zarządzającej wymaga po pierwsze dokonania wykładni przesłanek odpowiedzialności. Po drugie, zbadania zależności pomiędzy odpowiedzialnością przedsiębiorcy, a odpowiedzialnością osoby zarządzającej.

Słowa kluczowe:

osoba zarządzająca, kartel, wina umyślna.

Summary

Personal liability of the person/s managing an entity is not a novelty in Polish competition law, as the provisions in force so far have allowed for imposition of fines on the managing person/s for a breach of procedural rules. The possibility of penalizing individual infringers, in addition to the sanctions imposed on the undertaking, extends the list of the parties liable for infringements of competition law. The authorization to sanction managing persons is subject to verification that the conditions of liability have been satisfied. The analysis of the legal norms governing the liability of the managing persons requires first of all an interpretation of the liability pre-conditions, and secondly an examination of the relationship between the liability of the undertaking and that of the person/s managing it.

Key words:

managing person, cartel, intentional misconduct.

1. Uwagi ogólne

Odpowiedzialność osób zarządzających w polskim prawie antymonopolowym nie jest nową regulacją prawną. Przed nowelizacją funkcjonowały i nadal funkcjonują przepisy umożliwiające nałożenie kary na osobę zarządzającą za określone naruszenia uokik. Treść art. 108 uokik ukazuje jednak, że możliwość nałożenia kary na te osoby została ograniczona jedynie do naruszeń o charakterze proceduralnym. Nowelizacja wprowadziła dla tych osób także odpowiedzialność za naruszenia przepisów materialnoprawnych — zakazu praktyk ograniczających konkurencję (z art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik). Obecnie mamy więc do czynienia z poszerzeniem kategorii podmiotów odpowiedzialnych za naruszenia prawa konkurencji o osoby fizyczne.

2. Pojęcie osoby zarządzającej

Ustawodawca w wyniku nowelizacji ustawy wprowadził definicję legalną osoby zarządzającej. Zgodnie z art. 4 pkt 3a uokik, przez osobę zarządzającą rozumie się kierującego

przedsiębiorstwem, w szczególności osobę pełniącą funkcję kierowniczą lub wchodzącą w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy. Pomimo, iż wskazana definicja występuje w art. 108 ust. 1 uokik, to ostatecznie ustawodawca nie zdecydował się na ujednolicenie pojęć i zamieszczenie w przepisie dotyczącym kar pieniężnych pojęcia „osoba zarządzająca”. Wskazane definicje nie są zatem tożsame podmiotowo, gdyż zakres art. 6a uokik jest znacznie szerszy (zob. znowelizowaną treść art. 108 uokik). Warto w tym miejscu, jeszcze przed dokonaniem analizy tego pojęcia wskazać, że w prawie polskim występuje pojęcie „osoby kierującej przedsiębiorstwem”.

Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne w art. 209 ust. 2 określa, że niezależnie od kary pieniężnej, o której mowa w ust. 1, Prezes UKE może nałożyć na kierującego przedsiębiorstwem telekomunikacyjnym, w szczególności osobę pełniącą funkcję kierowniczą lub wchodzącą w skład organu zarządzającego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, lub związku takich przedsiębiorców, karę pieniężną w wysokości do 300% jego miesięcznego wynagrodzenia, naliczanego jak dla celów ekwiwalentu za urlop wypoczynkowy.

Analizując zakres definicyjny pojęcia „osoba zarządzająca” należy wyróżnić główny wyznacznik tego pojęcia — kierowanie przedsiębiorstwem. Kierowanie przedsiębiorstwem decyduje bowiem o kwalifikacji podmiotowej. Odkodowanie jednak, czy określona osoba np. zatrudniona na podstawie umowy o zarządzanie spełnia zakres podmiotowy art. 6a uokik wymaga szerszego wyjaśnienia. Po pierwsze należy ustalić, czy powierzono jej kierowanie przedsiębiorstwem. W tym miejscu pojawia się pytanie o zakres pojęciowy pojęcia „przedsiębiorstwo”. Nie budzi wątpliwości fakt, iż terminem „przedsiębiorstwo” należy objąć przedsiębiorstwo w znaczeniu określonym w art. 55 (1) Kc. Przedsiębiorstwo obejmuje w szczególności:

- 1) oznaczenie indywidualizujące przedsiębiorstwo lub jego wyodrębnione części (nazwa przedsiębiorstwa);
- 2) własność nieruchomości lub ruchomości, w tym urządzeń, materiałów, towarów i wyrobów, oraz inne prawa rzeczowe do nieruchomości lub ruchomości;
- 3) prawa wynikające z umów najmu i dzierżawy nieruchomości lub ruchomości oraz prawa do korzystania z nieruchomości lub ruchomości wynikające z innych stosunków prawnych;
- 4) wierzytelności, prawa z papierów wartościowych i środki pieniężne;
- 5) koncesje, licencje i zezwolenia;
- 6) patenty i inne prawa własności przemysłowej;
- 7) majątkowe prawa autorskie i majątkowe prawa pokrewne;
- 8) tajemnice przedsiębiorstwa;
- 9) księgi i dokumenty związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Przedsiębiorstwo jest zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej. Przedsiębiorstwo należy traktować jako całość, gdyż w takim charakterze występuje ono w obrocie prawnym.

Osoba zarządzająca to kierujący przedsiębiorstwem, a nie jego wyodrębnionymi częściami wchodzącymi w jego skład. Wówczas bowiem występuje jeden kierujący przedsiębiorstwem i inne osoby mogą kierować wyodrębnioną częścią działalności przedsiębiorcy (np. kierownik oddziału przedsiębiorcy).

Trzeba zauważyć, że wyróżnienie osób zarządzających ma znaczenie w przedsiębiorstwach, w których występują wyodrębnione organy. Dotyczy to takich kategorii podmiotów prawa cywilnego, jak osoby prawne. Przepis umożliwia pociągnięcie do odpowiedzialności również kilku osób, jeśli tylko oczywiście spełnione zostały przesłanki odpowiedzialności. W związku użytym przez ustawodawcę zwrotem „w szczególności” odpowiedzialności osób zarządzających nie można ograniczać jedynie do osób będących członkami organów zarządzających przedsiębiorstwem. Chociaż w praktyce te osoby najczęściej będą podlegały odpowiedzialności na podstawie art. 6a uokik. Jednak w przedsiębiorstwach, które nie są osobami prawnymi, np. spółki osobowe, osobami kierującymi przedsiębiorstwem będą wspólnicy tych spółek (jeden lub kilku wspólników na podstawie umowy, lub uchwały spółki).

Reasumując, podmiotem odpowiedzialności z art. 6a uokik będzie osoba kierująca przedsiębiorstwem, czyli:

- 1) zarządzająca (osoby zarządzające) wchodząca w skład organu zarządzającego,
- 2) osoba pełniąca funkcję kierowniczą,
- 3) inne osoby (nie pełniące funkcji kierowniczych, jak i nie wchodzące w skład organu zarządzającego przedsiębiorstwem).

3. Zakres przedmiotowy odpowiedzialności

Zakresem przedmiotowym odpowiedzialności objęto określone porozumienia ograniczające konkurencję z art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik. Tym samym wyłączono spod jego działania praktyki nadużycia pozycji dominującej na rynku. Warto przypomnieć, że wskazana rezygnacja z objęcia art. 6a uokik praktyk polegających na nadużyciu pozycji dominującej na rynku nie miała żadnego uzasadnienia. Ustawodawca kierował się bynajmniej trudnościami w wykrywaniu zmwów oraz ich karaniu, co wymaga poszerzenia instrumentów administracyjnych.

Powyżej celowo posługuję się sformułowaniem „określone porozumienia ograniczające konkurencję”, gdyż ustawodawca wyłączył spod zakresu przedmiotowego odpowiedzialności z art. 6a uokik zmowy przetargowe. Powodem wyłączenia zmowy przetargowej spod odpowiedzialności administracyjnej osobistej z art. 6a uokik jest odpowiedzialność karnoprawna, która obejmuje osoby zarządzające, na podstawie art. 305 Kk.

4. Przesłanki odpowiedzialności osoby zarządzającej

Rozpatrując przesłanki odpowiedzialności osoby zarządzającej na podstawie art. 6a uokik **należy wskazać na ich szczególny charakter związany z określoną osobą — zarządzającą przedsiębiorstwem**. Natomiast ogólne przesłanki powstania tej odpowiedzialności, które niejako powinny się zaktualizować przed badaniem przesłanek szczególnych są związane ze stosowaniem porozumień ograniczających konkurencję. Kumulatywne wystąpienie przesłanek odpowiedzialności o charakterze ogólnym i szczególnym pozwala pociągnąć osobę zarządzającą do odpowiedzialności. Do przesłanek odpowiedzialności z art. 6a uokik należy:

- 1) dopuszczenie się przez przedsiębiorcę stosowania porozumienia ograniczającego konkurencję, co stanowi konsekwencję –
- 2) umyślnego działania lub zaniechania osoby zarządzającej, do którego doszło –
- 3) w ramach sprawowania przez nią funkcji, w czasie trwania stwierdzonego naruszenia tego zakazu.

Art. 6a uokik określa, że w przypadku stwierdzenia naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik lub w art. 101 ust. 1 lit. a–e Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), odpowiedzialności podlega również osoba zarządzająca, która w ramach sprawowania swojej funkcji, w czasie trwania stwierdzonego naruszenia tego zakazu, umyślnie dopuściła przez swoje działanie lub zaniechanie do naruszenia przez tego przedsiębiorcę wymienionego zakazu.

Już pobieżna analiza treści art. 6a uokik pozwala przyjąć, że odpowiedzialność osoby zarządzającej jest oparta na zasadzie winy. Stanowi to wyłom w odpowiedzialności antymonopolowej przedsiębiorcy, która jest odpowiedzialnością obiektywną. Już bowiem samo naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję stanowi czyn bezprawny. Kwestia winy ma znaczenie jedynie przy wymierzaniu kar pieniężnych (zwiększenia ich wysokości). Ustalając, czy określona osoba fizyczna podlega odpowiedzialności trzeba wcześniej ustalić, czy przedsiębiorca dopuścił się stosowania porozumienia ograniczającego konkurencję. Zresztą warunek taki wynika z treści omawianego przepisu. Ustawodawca stanowi bowiem o naruszeniu przez przedsiębiorcę zakazu z art. 6 ust. 1–6 uokik. Zatem naruszenie ustawy antymonopolowej (stosowanie porozumienia ograniczającego konkurencję z art. 6 ust. 1–6 uokik) przez przedsiębiorcę stanowi warunek pociągnięcia do odpowiedzialności osoby zarządzającej przedsiębiorstwem. Taka konstrukcja przepisu ukazuje powiązanie (związek) odpowiedzialności przedsiębiorcy z odpowiedzialnością osoby zarządzającej. **Przedsiębiorca ponosi odpowiedzialność obiektywną (bezprawność zachowania), natomiast osoba fizyczna, jeżeli można przypisać jej winę. Odpowiedzialność osób fizycznych dotyczy sytuacji, gdy doszło do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu praktyk naruszających konkurencję.**

Pierwszą przesłanką o charakterze szczególnym stanowi dopuszczenie się przez osobę zarządzającą umyślnego działania lub zaniechania, w wyniku którego doszło do stosowania porozumienia ograniczającego konkurencję przez przedsiębiorcę. Zatem w konsekwencji zachowania osoby zarządzającej doszło do złamania zakazu praktyk ograniczających konkurencję przez przedsiębiorcę. W aspekcie tej przesłanki zachowania osoby zarządzającej ustawodawca ograniczył do umyślności. Przypisanie osobie zarządzającej winy oznacza konieczność przypisania umyślności zachowaniu sprawcy.

Istotą odpowiedzialności z art. 6a uokik jest zaistnienie subiektywnego elementu zawinienia w postaci umyślności po stronie osoby zarządzającej. Osoba taka musi mieć świadomość bezprawności podejmowanych działań. Warto w tym miejscu wskazać, że odpowiedzialność przedsiębiorcy, która przecież stanowi konsekwencję zachowań osoby zarządzającej, jest odpowiedzialnością obiektywną. Porozumienie takie będzie zatem bezprawne nawet wówczas, gdy przedsiębiorca nie ma świadomości bezprawności zachowania, ale treść porozumienia pozwala na przyjęcie, iż jego celem było naruszenie konkurencji. Brak świadomości bezprawności podejmowanych działań,

w tym brak subiektywnego zamiaru naruszenia konkurencji nie zwalnia przedsiębiorcy z odpowiedzialności za naruszenie przepisów u.o.k.k (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 20 lipca 2011 r. sygn: VI ACa 141/11). Powoduje to, że nieumyślne zachowania nie są objęte odpowiedzialnością. Wyraźnie widać tym samym znaczenie elementu subiektywnego sprawcy naruszenia przez przedsiębiorcę reguł antymonopolowych.

Kolejną przesłanką która jednak jest ściśle powiązana z zachowaniem osoby zarządzającej jest wymóg, aby to działanie lub zaniechanie miało miejsce w „w ramach sprawowania funkcji” oraz „w czasie trwania stwierdzonego naruszenia”. Powyższy warunek jest uzasadniony. Dopuszczenie do naruszenia zakazu z art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik musi zostać ograniczone do okresu, kiedy osoba zarządzająca „zarządzała przedsiębiorstwem”. Chodzi o faktyczny wpływ na zachowanie przedsiębiorcy. Okres przed i po pełnieniu przez osobę fizyczną funkcji osoby zarządzającej, jeżeli w tym czasie doszło do złamania przez przedsiębiorcę zakazu praktyk ograniczających konkurencję, będzie stanowić ujemną przesłankę pociągnięcia jej do odpowiedzialności.

Reasumując, **odpowiedzialność z art. 6a dotyczy odpowiedzialności osób fizycznych, które swoim umyślnym zachowaniem (działaniem lub zaniechaniem) przyczyniły się do złamania zakazu stosowania porozumień ograniczających konkurencję (art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik) przez przedsiębiorcę, jeżeli w czasie naruszenia pełniły w przedsiębiorstwie funkcje kierownicze lub zarządzające.**

5. Uwagi końcowe

Wprowadzenie administracyjnej odpowiedzialności osób fizycznych z tytułu dopuszczenia się przez swoje umyślne zachowanie do naruszenia przez przedsiębiorcę stosowania porozumień ograniczających konkurencję ma na celu zwiększenie skuteczności zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Prezes UOKiK może nałożyć na osobę zarządzającą karę pieniężną w wysokości do 2 000 000 złotych (w art. 106a uokik), jeżeli osoba ta umyślnie dopuściła do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 1–6 uokik lub w art. 101 ust. 1 lit. a–e TFUE. Wysokie zagrożenie ma przeciwdziałać naruszeniom uokik. Czy jednak sankcja natury administracyjnej dla osób fizycznych rzeczywiście spełni swoją rolę pokaże praktyka stosowania uokik. Bezsporne jest, że jej wprowadzenie stanowi kolejny instrument przeciwdziałania i zwalczania praktyk ograniczających konkurencję.

Literatura

- Kohutek, K., Sieradzka, M. (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (wyd. 2). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Piszczyński, A. (2012). „Osoba zarządzająca” w rządowym projekcie ustawy zmieniającej ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (7).

- Sieradzka, M. (2014). The importance of ‘subjective fault’ in fixing pecuniary penalties for competition-restricting practices (Part II). *PUG*, (1).
- Syp, Sz. (2012). O odpowiedzialności finansowej osób fizycznych w polskim prawie konkurencji — *de lege lata* i *de lege ferenda*. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (4).

Procedura *settlement* — ugoda w prawie antymonopolowym?

Settlement procedure — can it be considered a settlement in antimonopoly law?

dr Małgorzata Sieradzka, prof. dr hab. Marian Zdyb

Streszczenie

Nowością w prawie antymonopolowym jest instytucja dobrowolnego poddania się karze (*settlements*). Jest to nieobligatoryjna procedura przewidująca możliwość dobrowolnego poddania się karze przez przedsiębiorcę w sprawach antymonopolowych. Podstawą do zastosowania tej procedury a jednocześnie obligatoryjnym warunkiem jej zastosowania jest ustalenie przez organ antymonopolowy, że wpłynie ona na przyspieszenie postępowania antymonopolowego. Chodzi zatem o **szybsze (przyspieszenie postępowania) i trwale (brak możliwości zaskarżenia decyzji) przywrócenie rynku do stanu zgodnego z prawem antymonopolowym**.

Słowa kluczowe:

settlements, redukcja kary, przyspieszenie postępowania.

Summary

A novelty in Polish antimonopoly law is a new tool of a *settlement* procedure, which in fact means voluntary submission to a fine. It is a non-compulsory procedure, which provides for voluntary acceptance of a fine by the undertaking in antimonopoly cases. The objective of the procedure, and at the same a mandatory condition for its implementation, is the acceleration of antimonopoly proceedings, which is to be assessed by the competition authority. The procedure is therefore to speed up (shortened proceedings) the permanent restoration of competition to the market (no possibility to appeal the decision) in compliance with antimonopoly law.

Key words:

settlements, reduction of fines, acceleration of proceedings.

1. Wprowadzenie

Dobrowolne poddanie się karze (*settlements*) jest nowym instrumentem w polskim prawie antymonopolowym mającym przyczynić się do zwiększenia skuteczności ochrony konkurencji i konsumentów. Już pobieżna analiza przepisów ją regulujących ukazuje jej odmienność od unijnego pierwowzoru. Polski ustawodawca całkowicie zrezygnował z nazwania *settlements* ugodą pomimo, że jest to dosłowne tłumaczenie tego terminu. Próżno także szukać w uokik jakiegokolwiek wzmianki o postępowaniu ugodowym. Chodzi zatem o **szybsze (przyspieszenie postępowania) i trwale (brak możliwości zaskarżenia decyzji) przywrócenie rynku do stanu zgodnego z prawem antymonopolowym**. Jak czytamy w uzasadnieniu nowelizacji uokik — „osiągnięcie stanu pożądanego na danym rynku”. Czy jednak zastosowanie *settlements* rzeczywiście wpłynie na przyspieszenie postępowań antymonopolowych zależy od tego, czy przedsiębiorcy będą zainteresowani korzystaniem z tego środka. Czy można żywić nadzieję, że rzeczywiście stanie się instrumentem szybkiego i trwałego zarazem kończenia postępowań antymonopolowych, a nie tylko *dead letter*? Na razie warto poddać pod ocenę jego konstrukcję, co pozwoli ocenić przydatność w realizacji celów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

2. Przesłanki stosowania — uwagi ogólne

Dobrowolne poddanie się karze jest nieobligatoryjnym postępowaniem, co pozwala przedsiębiorcy na ocenę opłacalności skorzystania z niego. Polski ustawodawca wprowadzając tę instytucję oparł się na regulacjach unijnych przewidujących procedurę ugodową na mocy art. 11 ust. 6 rozporządzenia 1/2003. Pomimo braku zbieżności nazewnictwa, instytucja ta stanowi przejęcie rozwiązań unijnych (zob. art. 10a rozporządzenia Komisji Nr 773/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. odnoszącego się do prowadzenia przez Komisję postępowań zgodnie z art. 81 i art. 82 Traktatu WE). Jednak w prawie unijnym omawiana procedura jest określana postępowaniem ugodowym, a prowadzone ustalenia z przedsiębiorcą — rozmowami ugodowymi. W prawie polskim pomimo, iż ustawodawca posługuje się terminem *settlements* (ugoda), to w przepisach uokik nie znajdziemy takiego terminu.

Warunki używania tej instytucji pozwalają przypuszczać, że będzie ona stosowana do spraw skomplikowanych. W założeniu ma wpływać na skrócenie prowadzenia postępowania w sprawach antymonopolowych. Przewiduje ona możliwość zapoznania się przez uczestnika postępowania, któremu zarzucane jest naruszenie z wymiarem kary, która w związku z tym naruszeniem zostanie na niego nałożona w późniejszej decyzji oraz z oceną prawną dokonaną

przez Prezesa UOKiK (i tym samym z planowanym rozstrzygnięciem). Jednak przedsiębiorca nie może skorzystać ze środków ochrony prawnej i kwestionować ustaleń organu antymonopolowego. Głównym adresatem korzyści płynących z zastosowania tej instytucji będzie zatem organ antymonopolowy. Natomiast korzyści dla przedsiębiorcy są wątpliwe przez znikomą obniżkę wysokości kary antymonopolowej jedynie o 10%. Dodatkowo **atrakcyjność settlements** traci przez pozbawienie przedsiębiorcy możliwości kwestionowania decyzji, przy aktualnej tendencji do obniżania kar antymonopolowych przez sądy.

3. Procedura *settlement*

Postępowanie w sprawie dobrowolnego poddania się karze wymaga przeprowadzenia wstępnej analizy jej zakresu podmiotowego. Dopiero w następnej kolejności należy omówić przebieg samej procedury. Oczywiście jest, że z procedury tej może skorzystać przedsiębiorca, co wynika z tego, że podmiot ten jest przecież stroną postępowania antymonopolowego. Pojawia się pytanie, czy również osoba fizyczna, podlegająca odpowiedzialności administracyjnej może z niej skorzystać. W art. 89a uokik jest odwołanie do strony postępowania, a zatem brak zawężenia do pojęcia „przedsiębiorcy”, co daje możliwość skorzystania z tej instytucji przez osoby kierujące przedsiębiorstwem. Powyżej wskazano podmioty, które mogą wystąpić z wnioskiem o dobrowolne poddanie się karze do organu antymonopolowego. Jednak propozycja przystąpienia do procedury lub też propozycja procedury dobrowolnego poddania się karze może także zostać wystosowana (pochodzić) ze strony organu antymonopolowego.

3.1. Propozycja przystąpienia do procedury dobrowolnego poddania się karze

Jak podkreślano powyżej propozycja zastosowania tej instytucji może pojawić się zarówno ze strony organu antymonopolowego, jak i zainteresowanego przedsiębiorcy. Niezależnie od podmiotu występującego z inicjatywą zastosowania tej instytucji istotne jest, aby nastąpiło to przed zakończeniem postępowania antymonopolowego. Prezes Urzędu może wystąpić, z urzędu lub na wniosek strony, do wszystkich stron z propozycją przystąpienia do procedury dobrowolnego poddania się karze pieniężnej, jeżeli uzna, że zastosowanie tej procedury **przyczyni się do przyspieszenia postępowania. O ile zawsze przesłanką wystąpienia przez Prezesa z inicjatywą settlements będzie przyspieszenie postępowania, to przedsiębiorca nie ma żadnych ograniczeń (oprócz proceduralnych) dotyczących skorzystania z niej.**

Identyfikując moment wystąpienia z wnioskiem, który niejako stanowi warunek skorzystania z tej instytucji, należy wskazać, że polski ustawodawca wprowadził ograniczenie czasowe. Literalna wykładnia art. 89a ust. 1 uokik nakazuje przyjąć, że z wnioskiem można wystąpić przed zakończeniem postępowania. Powyższa regulacja została odmiennie określona w prawie unijnym, gdzie w art. 10a rozporządzenia nr 773/2004¹⁰ jest mowa o możliwości postępowania ugodowego już po zainicjowaniu postępowania.

Wskazany moment zainicjowania postępowania spotkał się z omawianego względu z krytyką. Jednak, czy w sformułowaniu „przed zakończeniem postępowania antymonopolowego” należy rzeczywiście upatrywać ograniczenia zastosowania tej instytucji? Warto však zauważyć, że termin „przed zakończeniem postępowania” jest bardzo pojemny i dotyczy także etapów bezpośrednio po jego wszczęciu, gdyż one poprzedzają przecież zakończenie postępowania. Nie ma zatem żadnych uzasadnionych podstaw, aby ograniczać prawo do skorzystania z procedury *settlements* jedynie do końcowego etapu postępowania antymonopolowego.

3.2. Przyjęcie lub odmowa zastosowania procedury *settlement*

Wdrożenie procedury dobrowolnego poddania się karze wymaga przyjęcia (akceptacji) propozycji jej zastosowania. I tak w zależności od podmiotu, który występuje z wnioskiem:

1) w przypadku wystąpienia przez stronę Prezes Urzędu w terminie 14 dni informuje stronę o rozpoczęciu, bądź odmowie rozpoczęcia procedury dobrowolnego poddania się karze pieniężnej;

2) w przypadku wystąpienia przez Prezesa UOKiK Prezes Urzędu w terminie 14 dni przedstawia swoje stanowisko (14 dni od dnia jej doręczenia).

W prawie unijnym propozycje ugodowe muszą być specjalnie przygotowane przez zainteresowane przedsiębiorstwa, jako formalny wniosek skierowany do Komisji o podjęcie decyzji w ich sprawie w kontekście postępowania ugodowego. W prawie polskim Prezes UOKiK najpierw ocenia jej przydatność, a następnie akceptuje jej zastosowanie. **Zawsze jednak, na każdym etapie organ antymonopolowy może odstąpić od zastosowania procedury settlements, jeżeli odpadła przesłanka jej zastosowania.**

3.3. Redukcja kary antymonopolowej

W wyniku dobrowolnego poddania się karze przedsiębiorca lub osoba fizyczna uzyskuje obniżkę jej wysokości o 10%. Warto zauważyć, że polski ustawodawca (podobnie zresztą jak unijny) wskazał określoną wysokość obniżki. Przedsiębiorca zatem ma jasną informację, co do finansowych korzyści skorzystania z niej. W przypadku zastosowania procedury *settlements* wysokość kary pieniężnej, jaka może zostać nałożona na stronę, której ostateczne stanowisko, w sprawie dobrowolnego poddania się karze zostało uwzględnione w treści decyzji, zostaje obniżona o 10% w stosunku do kary pieniężnej, jaka zostałaby nałożona na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 lub 2 lub art. 106a ust. 1, gdyby strona nie poddała się dobrowolnie karze.

Obniżka kary jedynie o 10% może okazać się niewystarczającym bodźcem dla przedsiębiorców (lub osób fizycznych), którzy rozważają skorzystanie z instytucji dobrowolnego poddania się karze. Dlatego w doktrynie poddaje się w wątpliwość jej praktyczne zastosowanie. Na pewno przyznanie organowi antymonopolowemu prawa do większej redukcji kary, niż o 10% przyczyniłoby się do szerszego stosowania tej instytucji.

3.4. Konsekwencje zgody na dobrowolne poddanie się karze

Analizując przepisy uokik w zakresie dotyczącym dobrowolnego poddania się karze możemy wyspecyfikować moment (etap), od którego następuje wszczęcie procedury w rozumieniu *sensu stricte*. Ten etap bowiem jest bardzo istotny w całej procedurze dobrowolnego poddania się karze. W trakcie trwania postępowania **przedsiębiorca (lub osoba fizyczna) akceptuje ustalenia organu godząc się na warunki, na jakich ma nastąpić poddanie karze**. Na tym etapie tej procedury, już po wyrażeniu zgody (akceptacja warunków), możemy wyróżnić kolejne powiązane ze sobą czynności:

1) poinformowanie strony o wstępnych ustaleniach postępowania antymonopolowego jej dotyczących oraz o przewidywanej treści decyzji, w tym o wysokości kary pieniężnej obniżonej zgodnie z ust. 3, jaka zostanie na stronę nałożona na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 lub 2 lub art. 106a ust. 1, a także o skutkach wniesienia odwołania wynikających z art. 81 ust. 3a;

2) odniesienie się strony do przekazanych informacji w terminie 14 dni od ich otrzymania;

3) ponowne przekazanie przez Prezesa UOKiK informacji wraz z uwzględnieniem przekazanych przez stronę informacji i dowodów razem z wezwaniem do zajęcia ostatecznego stanowiska w sprawie dobrowolnego poddania się karze pieniężnej;

4) potwierdzenie (ostateczne) przez stronę w formie oświadczenia o dobrowolnym poddaniu się karze.

Oświadczenie strony jako ostateczna akceptacja dobrowolnemu poddaniu się karze musi mieć określoną treść, czyli zawierać:

1) oświadczenie strony o dobrowolnym poddaniu się karze pieniężnej, oraz

2) potwierdzenie wysokości kary pieniężnej zaakceptowanej przez stronę;

3) poinformowanie strony o zarzucanych jej naruszeniach i umożliwienie zajęcia stanowiska, a także pouczenie o skutkach wniesienia odwołania wynikających z art. 81 ust. 3a uokik.

Przedsiębiorca „godząc” się na zastosowanie *settlements* potwierdza swój udział w naruszeniu oraz przyjmuje swoją odpowiedzialność.

3.5. Rezygnacja z procedury dobrowolnego poddania się karze

Istotą instytucji dobrowolnego poddania się karze jest jej dobrowolny charakter. Dotyczy to zarówno możliwości skorzystania z niej, jak i wycofania się, na każdym etapie postępowania w sprawie dobrowolnego poddania się karze. Rezygnacja z jej prowadzenia wiąże się jednak z potrzebą ochrony interesów przedsiębiorcy, który przecież przyznał

się do stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Niezbędne zatem staje się zagwarantowanie, aby przekazane przez przedsiębiorcę informacje nie były wykorzystane przez organ antymonopolowy. W braku takich gwarancji instytucja *settlements* byłaby martwą regulacją.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie stawia ograniczeń podmiotowych w zakresie legitymacji do rezygnacji z dalszego jej stosowania. Inicjatywa w zakresie odstąpienia od procedury dobrowolnego poddania się karze może pochodzić od samego przedsiębiorcy (lub osoby fizycznej), jak i Prezesa UOKiK. Jednak w stosunku do Prezesa UOKiK wymagane jest wykazanie, że odpadła już przesłanka tej procedury — przyspieszenie postępowania. Prezes Urzędu może odstąpić od stosowania procedury w sprawie dobrowolnego poddania się karze pieniężnej na każdym etapie, jeśli uzna, że jej stosowanie nie przyczynia się do przyspieszenia postępowania, o czym informuje niezwłocznie stronę uczestniczącą w tej procedurze. Natomiast strona nie jest w tym przedmiocie ograniczona, ma jednak również obowiązek poinformowania o tym Prezesa Urzędu.

Jak już zaznaczono na wstępie rezygnacja z zastosowania tej procedury musi oznaczać zapewnienie ochrony interesów przedsiębiorcy. Wszelkie informacje i dowody uzyskane przez Prezesa Urzędu w związku z zastosowaniem procedury dobrowolnego poddania się karze pieniężnej, mające charakter oświadczenia strony uczestniczącej w tej procedurze, nie mogą być wykorzystane jako dowód w prowadzonym postępowaniu, w innych postępowaniach prowadzonych przez Prezesa Urzędu oraz w postępowaniach prowadzonych na podstawie odrębnych przepisów — w przypadkach, o których mowa w ust. 10 art. 89a uokik (np. w postępowaniu w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów). Wskazane **wyłączenie dopuszczalności wykorzystania informacji mających charakter oświadczeń woli znajduje zastosowanie jedynie, gdy zrezygnowano z jej stosowania.**

4. Uwagi końcowe

Skuteczność instytucji *settlements* w osiągnięciu jej celów zależy od tego, czy przedsiębiorcy będą akceptować „warunki ugody” — ustalenia i wysokość obniżki kary. O ile jednak w zakresie ustaleń organu antymonopolowego przedsiębiorca ma prawo ustosunkowania się do przedstawionego stanowiska i przekazania informacji oraz dowodów, to wysokość redukcji kary antymonopolowej nie jest przedmiotem uzgodnień. Wydaje się jednak, że to właśnie **swoisty rachunek korzyści — porównanie wysokości kary, jaka byłaby nałożona w „normalnym” postępowaniu antymonopolowym, a wysokości kary w postępowaniu *settlements*, będzie decydować (przesądzać) o przystąpieniu do procedury dobrowolnego poddania się karze.**

Literatura

- Kohutek, K., Sieradzka, M. (2014). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (wyd. 2). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Piszcz, A. (2012). Kilka uwag do projektu założeń ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (2).

- Rozporządzenia Komisji Nr 773/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. odnoszące się do prowadzenia przez Komisję postępowań zgodnie z art. 81 i art. 82 Traktatu WE, DzUrz UE L 123 z 27.04.2004.
- Wolski, D., Uwagi dotyczące wybranych instytucji w projekcie nowelizacji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. *Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, (7).

Tzw. środki zaradcze (*remedies*) w znowelizowanej ustawie antymonopolowej: istotny wzrost uprawnień Prezesa UOKiK

Remedies in the amended Antimonopoly Law: significant increase of decision-making powers of the President of the OCCP

Jarosław Sroczyński, radca prawny

Streszczenie

Znowelizowana ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów wprowadziła z dn. 18 stycznia 2014 r. instytucję tzw. środków zaradczych (*remedies*). Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów może nakładać te środki w decyzjach wydawanych przedsiębiorcom stosującym zakazane praktyki ograniczające konkurencję (porozumienia lub nadużywanie dominującej pozycji rynkowej), w celu zaniechania stosowania praktyki lub usunięcia jej skutków. Do środków zaradczych zalicza się, przykładowo, nakaz zmiany umowy, kontynuowania dostaw, umożliwienia dostępu do kluczowej infrastruktury, udzielenia licencji, a także obowiązek podziału funkcjonalnego przedsiębiorcy zintegrowanego pionowo. W artykule omówiono poszczególne środki zaradcze, także na tle rozwiązań unijnych. Poddano analizie procedury związane z wprowadzaniem środków zaradczych, w tym zasady proporcjonalności, niezbędności i najmniejszej uciążliwości.

Słowa kluczowe:

środki zaradcze, *remedies*, nowelizacja uokik, decyzja Prezesa UOKiK.

Summary

As of 18 January 2015, the amended Law on the Protection of Competition and Consumers introduced *remedies* as a new enforcement tool of the President of the Office of Competition and Consumer Protection. The Polish authority has the power to impose *remedies* in decisions prohibiting anticompetitive arrangements or abuse of the dominant market position. *Remedies* can be imposed for the purpose to cease the prohibited practice or to remove its effects. The exemplary *remedies* include an order to change the agreement, continue supplies, provide access to essential facility, grant a license or perform a vertical disintegration of the undertaking. The author discusses the particular *remedies* available to the competition authority, also against the background of EU competition law. The pertinent procedures were analysed in the article, including those stemming from the principles of proportionality, necessity and the least burdensome nature of imposed *remedies*.

Key words:

remedies, amended Polish Antimonopoly Law, decisions, President of the OCCP.

Wprowadzenie

Nowelizacja ustawy z dn. 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów¹ wprowadziła z dniem 18 stycznia 2015 r. nowe uprawnienia decyzyjne dla Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK). Decyzje Prezesa UOKiK mogą obecnie zawierać nakaz zastosowania specjalnych środków w celu zaniechania dalszego stosowania praktyki ograniczającej konkurencję lub usunięcia skutków takiej praktyki. Określa się je z reguły mianem „środków zaradczych” (*remedies*). Przykładowo, jednym z takich środków jest nakaz zmiany umowy. Dotychczasowe kompetencje decyzyjne umożliwiały Prezesowi UOKiK jedynie nakazanie zaniechania stosowania antykonkurencyjnej praktyki, bez możliwości określenia konkretnych warunków lub sposobu zaniechania. Środki zaradcze tworzą istotną, nową jakość procesu decyzyjnego. Jeżeli obrazowo porównać Prezesa UOKiK do „policjanta

gospodarczego”, to poprzedni policjant mógł wydać przedsiębiorcy tylko rozkaz „stój!”. Obecny policjant, do powyższego rozkazu może dołożyć cały szereg różnych komend, takich jak „cofnij się!”, „idź w prawo/lewo!”, itp. „Remedies” umożliwiają Prezesowi UOKiK niezmiernie głęboką ingerencję w działalność gospodarczą przedsiębiorców, zasadna jest zatem analiza nowych uregulowań. W artykule przedstawiono zmiany wprowadzone nowelizacją uokik oraz przegląd problematyki dotyczącej możliwości stosowania środków zaradczych.

1. Zmiany w uokik

Środki zaradcze wprowadzone zostały w znowelizowanym art. 10 uokik. Z uwagi na zakres dokonanych zmian, właściwszym byłoby określić ten przepis jako zupełnie nowy. Z dotychczasowego brzmienia pozostała tylko część ustępu pierwszego, przewidującego obligatoryjne wydanie

przez Prezesa UOKiK decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję w razie stwierdzenia zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję (art. 6 uokik lub art. 101 TFUE) lub nadużycia dominującej pozycji rynkowej (art. 9 uokik lub art. 102 TFUE). Nowe ustępy 4 i 5 to przepisy quasi-materialne, natomiast pozostałe ustępy mają charakter bardziej proceduralny („kompetencyjny” lub „wykonawczy”). Warto na początku przytoczyć *in extenso* treść art. 10 ust. 4 i ust. 5, zawierających otwarty katalog środków zaradczych:

4. Prezes Urzędu może w decyzji, o której mowa w ust. 1, nakazać w celu zaniechania stosowania praktyki lub usunięcia jej skutków, zastosowanie środków polegających w szczególności na:

- 1) udzieleniu licencji praw własności intelektualnej na niedyskryminacyjnych warunkach;
- 2) umożliwieniu dostępu do określonej infrastruktury na niedyskryminacyjnych warunkach;
- 3) zmianie umowy;
- 4) zapewnieniu innym podmiotom dostawy określonych produktów lub świadczenia określonych usług na niedyskryminacyjnych warunkach.

5. W przypadku gdy środki, o których mowa w ust. 4, mogłyby okazać się nieskuteczne albo skuteczne lecz bardziej uciążliwe dla przedsiębiorcy, Prezes Urzędu może w decyzji, o której mowa w ust. 1, nakazać zastosowanie środka polegającego na powierzeniu wykonywania określonej działalności gospodarczej, w tym wykonywania tej działalności na różnych szczeblach obrotu, poszczególnym podmiotom w ramach grupy kapitałowej lub odrębnym jednostkom organizacyjnym w ramach struktury przedsiębiorcy.

Nowe przepisy radykalnie zwiększają uprawnienia Prezesa UOKiK, który może nie tylko nakazać zaniechanie praktyki, ale także określić w decyzji „drogę dojścia” do osiągnięcia pożądanego stanu konkurencji rynkowej oraz metodę naprawienia zaburzonych relacji konkurencyjnych, poprzez usunięcie niepożądanych skutków praktyki. Już same środki wymienione w katalogu środków zaradczych dają Prezesowi UOKiK istotną możliwość wpływania na sposób działania przedsiębiorcy, a należy pamiętać, że wyliczenie to ma charakter przykładowy.

Nic zatem dziwnego, że wprowadzenie środków zaradczych wzbudziło szerokie zainteresowanie w toku konsultacji i dyskusji towarzyszących nowelizacji uokik. Miały one miejsce w trakcie kilku konferencji organizowanych przez UOKiK², w toku konsultacji społecznych³ w ramach procedur legislacyjnych, a także w piśmiennictwie poświęconym nowelizacji⁴.

W uzasadnieniu dla implementacji instytucji *remedies* Prezes UOKiK wskazywał⁵, że rozwiązanie to jest oczekiwane przez przedsiębiorców, którzy niejednokrotnie zgłaszali potrzebę szczegółowego wskazania sposobu wykonania decyzji, ponieważ mieli wątpliwości, jak ją wykonać, a obawiali się kary za jej niewykonanie⁶. Podkreślano, że regulacja tej materii jest wzorowana na rozwiązaniach, które zostały wprowadzone w rozporządzeniu Rady (WE) 1/2003 z dn. 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji, ustanowionych w art. 101

i 102 TFUE⁷. Wskazano, że podobne rozwiązania istnieją w większości państw Unii Europejskiej, a także w Stanach Zjednoczonych. Jednocześnie podkreślono, że nie należy utożsamiać środków zaradczych z rodzajem dodatkowej kary nakładanej na przedsiębiorcę⁸. Pomimo istotnej dolegliwości *remedies*, cel ich nakładania nie ma charakteru prewencyjno-represyjnego. Środek zaradczy ma służyć usunięciu skutków naruszenia, zapobieganiu naruszeniom prawa konkurencji w przyszłości a także, tam gdzie to możliwe, przywrócić konkurencję na rynku właściwym, a nawet wynagrodzić szkody poniesione przez konsumentów w związku ze stosowaniem niedozwolonych praktyk.

W konsultacjach międzyresortowych żaden z podmiotów nie sprzeciwiał się wprowadzeniu środków zaradczych, a ewentualnie wyrażano poparcie dla ich wprowadzenia do uokik. Wiele wątpliwości podniesiono natomiast w toku konsultacji społecznych, zwłaszcza ze strony środowiska przedsiębiorców. PKPP Lewiatan wskazywał m.in. na ryzyko wydawania arbitralnych decyzji przez prezesa UOKiK o charakterze quasi-kary i dużej inwazyjności katalogu środków zaradczych. Wskazano w tym kontekście, w szczególności, na środek polegający na powierzeniu wykonywania określonych rodzajów działalności podmiotom w ramach grupy kapitałowej lub odrębnym jednostkom organizacyjnym wewnątrz struktury przedsiębiorcy. Stowarzyszenie Prawa Konkurencji wskazywało na potrzebę większej elastyczności w sytuacji, gdyby przedsiębiorca wykonał decyzję w inny sposób, aniżeli określają to środki zaradcze, jednak ze skutkiem zgodnym z nałożonymi *remedies*. Na trudności związane z wdrożeniem środka zaradczego polegającego na wertykalnym przeniesieniu określonych rodzajów działalności gospodarczej (podział funkcjonalny, względnie tzw. dezintegracja wertykalna) wskazywała Polska Organizacja Handlu i Dystrybucji. Równie negatywnie oceniły ten środek zaradczy: Instytut Telekomunikacji i Poczty, Konfederacja Pracodawców Rzeczypospolitej Polskiej, Związek Banków Polskich, Polska Izba Ubezpieczeń, Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji, Polskie Stowarzyszenie Sprzedaży Bezpośredniej, Izba Gospodarcza „Wodociągi Polskie” oraz Polskie Stowarzyszenie Prawników Przedsiębiorców. Część z powyższych instytucji kwestionowała w ogóle potrzebę wprowadzenia środków zaradczych.

Na uwagę zasługuje natomiast całkowicie przeciwstawne stanowisko Polskiej Izby Paliw Płynnych, która nie tylko że pozytywnie oceniła plan wprowadzenia środków zaradczych, to dodatkowo postulowała poszerzenie katalogu behawioralnych środków zaradczych o takie instrumenty, które pozwoliłyby na skuteczną eliminację zjawiska subsydiowania skrośnego oraz problemu braku przejrzystej księgowości przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo. Wymienione zjawiska ekonomiczne mają bowiem, zdaniem Polskiej Izby Paliw Płynnych, decydujące znaczenie dla bytu praktyki tzw. wyciskania przez marżę (*margin squeeze*, zob. niżej, pkt 4.3). Powołany został w tym kontekście przepis art. 44 ust. 1 ustawy Prawo energetyczne, nakładający na przedsiębiorstwo energetyczne obowiązki równoprawnego traktowania odbiorców oraz eliminowania subsydiowania skrośnego. W celu realizacji tych

obowiązków, przedsiębiorstwo energetyczne jest obowiązane prowadzić ewidencję księgową w sposób umożliwiający odrębne obliczenie kosztów i przychodów, zysków i strat dla wykonywanej działalności gospodarczej. Polska Izba Paliw Płynnych postulowała uzupełnienie ustawowego katalogu środków zaradczych o rozwiązanie analogiczne do tego, które obowiązuje przedsiębiorstwa energetyczne.

Generalnie aprobujące stanowisko przedstawiła także Prof. A. Piszcz (Uniwersytet w Białymstoku), wskazując jednak na rozbieżności pomiędzy rozwiązaniami polskimi, a unijnymi oraz podkreślając znaczenie funkcji restytucyjnej środków zaradczych, tj. przywrócenie poprzedniego stanu konkurencji czy też stanu zgodnego z prawem. Podobne wątpliwości podnosili autorzy uwag w ramach debaty nowelizacyjnej na łamach „internetowego Kwartałnika Antymonopolowego i Regulacyjnego iKAR” (zob. przypis 6). Należy jednak wskazać, że koncepcja wyposażenia Prezesa UOKiK w kompetencje w zakresie środków zaradczych została generalnie oceniona w ramach tej debaty jako odpowiadająca kierunkom rozwoju nowoczesnego prawa konkurencji.

2. Środki zaradcze i quasi-zaradcze w Polsce: rys historyczny i stan obecny

Obecna instytucja środków zaradczych nie stanowi absolutnego *novum* w polskim ustawodawstwie dotyczącym praktyk ograniczających konkurencję. Należy pamiętać, że *remedies* zostały wprowadzone już do pierwszej polskiej ustawy z dn. 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym⁹. W ustawie tej zawarta była regulacja, zgodnie z którą Urząd Antymonopolowy, wydając decyzję nakazującą zaniechanie stwierdzonych praktyk monopolistycznych, mógł określić warunki tego zaniechania. Ponadto, jeżeli w skutek stosowania praktyk monopolistycznych nastąpiło podwyższenie cen, Urząd Antymonopolowy mógł wydać decyzję o obniżeniu cen oraz określić w niej czas obowiązywania ceny i warunki jej zmiany w tym czasie. Urząd Antymonopolowy mógł określić również wysokość tzw. kwoty nienależnej lub kwoty dodatkowej, zgodnie z przepisami obowiązującej wówczas ustawy z dn. 26 lutego 1982 r. o cenach, określając ją w odniesieniu do okresu stosowania podwyższonej ceny.

W jednej z pierwszych decyzji Urzędu Antymonopolowego, na podstawie powyższych przepisów nałożono na Fabrykę Samochodów Osobowych w Warszawie środek zaradczy w postaci nakazania obniżenia ceny detalicznej samochodów FSO 1500 i Polonez do poziomów określonych w decyzji. Ponadto, Urząd Antymonopolowy zakazał FSO podwyższania cen detalicznych tych samochodów do czasu osiągnięcia w kolejnych trzech miesiącach średniomiesięcznej produkcji I kwartału 1990 r., wskazując, że zakaz ten nie dotyczy zmiany cen spowodowanej wzrostem kosztów wynikających ze wzrostu cen czynników produkcji, a w szczególności energii, taryf, podatku obrotowego oraz innych należności na rzecz Skarbu Państwa. Wyrokiem z dnia 18 grudnia 1990 r. Sąd Antymonopolowy uchylił tę decyzję, a Sąd Najwyższy oddalił rewizję nadzwyczajną Prokuratora Generalnego od powyższego wyroku¹⁰. Sąd

Najwyższy stwierdził, że jakkolwiek przepis umożliwiający Urzędowi Antymonopolowemu wydanie decyzji o obniżeniu cen ma charakter bezwzględny, nie wynika jednak z niego ustawowy zakaz podwyższenia ceny. Posiadanie przez Urząd Antymonopolowy możliwości władczych w tym zakresie nie może jednak wymuszać podejmowania decyzji nieracjonalnych gospodarczo i utrzymywania wielkości produkcji ponad potrzeby rynku.

Z kolei, Sąd Antymonopolowy w jednym ze swych wyroków stwierdził, iż jest przekroczeniem kompetencji Urzędu Antymonopolowego nakazanie podmiotowi gospodarczemu, co ma konkretnie zrobić, aby na przyszłość nie naruszał ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, a w szczególności nakazanie mu opracowania programu rozwoju usług, uwzględniającego reguły konkurencji na rynku. Zamieszczenie w decyzji wspomnianych nakazów zostało ocenione przez sąd jako nie tylko wykraczające poza zakres kompetencji Urzędu Antymonopolowego, ale także naruszające zasadę samodzielności podmiotu gospodarczego, będącą jedną z podstawowych zasad organizujących działalność gospodarczą w warunkach gospodarki rynkowej¹¹. W innym jeszcze orzeczeniu, Sąd Antymonopolowy wywiódł, że przedsiębiorca nie może skutecznie domagać się, aby organ antymonopolowy decyzją wydaną w trybie art. 8 ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (tj. w ramach nałożonego środka zaradczego) ukształtował stosunek cywilno-prawny (umowę) pomiędzy nim a jego partnerem¹².

Warto także wskazać na niektóre instytucje zawarte w uokik sprzed nowelizacji, których istota a zwłaszcza skutek w pewien sposób odpowiadały (i nadal odpowiadają, ponieważ stosowne przepisy nie uległy w tym zakresie zmianom) instytucji środków zaradczych. Są to rozwiązania ustawowe które, podobnie jak środki zaradcze, *de facto* prowadzą także do ustalenia sposobu wykonania decyzji, a więc wykraczają poza li tylko nakaz zaniechania praktyki. Przede wszystkim mowa tutaj o zobowiązaniach podejmowanych przez przedsiębiorców, skutkujących wydaniem przez Prezesa UOKiK decyzji zobowiązujących w zakresie praktyk ograniczających konkurencję oraz naruszenia zbiorowych interesów konsumentów.

W pierwszym przypadku, zgodnie z art. 12 ust. 1 uokik, Prezes UOKiK może zobowiązać przedsiębiorcę naruszającego art. 6¹³ lub art. 9 uokik (art. 101 lub art. 102 TFUE) do podjęcia lub zaniechania określonych działań w celu zakończenia naruszenia lub usunięcia jego skutków. W przypadku, gdy przedsiębiorca już zaprzestał naruszania zakazów, o których mowa w art. 6 lub art. 9 uokik (art. 101 lub art. 102 TFUE), Prezes UOKiK może zobowiązać go do usunięcia skutków dokonanych naruszeń. Z kolei, w sprawach praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, Prezes Urzędu może zobowiązać przedsiębiorcę, zgodnie z art. 28 uokik, do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zakończenia naruszenia lub usunięcia jego skutków¹⁴. Podobnie, jak w przypadku zobowiązań dotyczących praktyk ograniczających konkurencję, jeżeli przedsiębiorca już zaprzestał stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, może on zobowiązać się do usunięcia skutków

tego naruszenia. Dodatkowo, w decyzjach zobowiązujących w zakresie naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, na przedsiębiorcę może zostać nałożone zobowiązanie do złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia o treści i w formie określonej w decyzji lub do publikacji decyzji w całości, lub w części na koszt przedsiębiorcy.

Kolejnym przykładem środków zaradczych występujących w uokik jest instytucja nałożenia obowiązku lub przyjęcia zobowiązania przedsiębiorców dokonujących koncentracji, umożliwiającego wydanie tzw. decyzji warunkowej na podstawie art. 19 ust. 2 uokik¹⁵. Warunki nakładane w postępowaniu koncentracyjnym mogą mieć charakter zarówno strukturalny, jak i behawioralny. Otwarty katalog ustawowy przewiduje takie warunki, jak zbycie całości lub części majątku jednego, lub kilku przedsiębiorców, wyzbycie się kontroli nad określonym przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami, w szczególności przez zbycie określonego pakietu akcji, lub udziałów lub odwołania z funkcji członka organu zarządzającego, lub nadzorczego, względnie udzielenia licencji praw wyłącznych konkurentowi. W sprawach z zakresu kontroli koncentracji, Prezes UOKiK formułował także niekiedy specyficzne warunki behawioralne, np. zobowiązanie do utrzymania określonego poziomu wydatków na promocję i reklamę, oraz określonego udziału rynkowego produktów w określonym czasie¹⁶. Innego rodzaju warunek behawioralny dotyczył powstrzymania się od działań mających na celu przejęcie dotychczasowych odbiorców przedsiębiorcy uczestniczącego w koncentracji, a także zakaz wymiany informacji o tych odbiorcach¹⁷. Reasumując, w uokik istnieją konstrukcje zbieżne z funkcją i celem środków zaradczych, jednak o odmiennym charakterze. Zależą one bowiem przede wszystkim od inicjatywy przedsiębiorcy, jak ma to miejsce w przypadku decyzji zobowiązujących, o których mowa w art. 12 i art. 28 uokik. Pośrednio zachodzi to także w przypadku kontroli koncentracji, która zawsze jest podejmowana z inicjatywy przedsiębiorców. Natomiast obecne środki zaradcze, niezależnie od możliwości przedstawienia względem nich stanowiska przez przedsiębiorcę (art. 10 ust. 7 uokik), mogą być nakładane wyłącznie z woli Prezesa UOKiK, czyli najczęściej wbrew woli przedsiębiorcy.

3. Środki zaradcze w prawie Unii Europejskiej: wzmianka

Problematyka *remedies* w prawie Unii Europejskiej to obszerne zagadnienie, przekraczające ramy niniejszego artykułu¹⁸. Dlatego tylko tytułem wzmianki należy przywołać art. 7 ust. 1 rozporządzenia 1/2003, mocą którego Komisja Europejska, stwierdzając naruszenie art. 101 lub art. 102 TFEU, może w drodze decyzji nakazać przedsiębiorstwom lub związkom przedsiębiorstw, których sprawa dotyczy, by zaprzestały takiego naruszenia. W tym celu Komisja może użyć wobec przedsiębiorstw środków zaradczych o charakterze behawioralnym lub strukturalnym, proporcjonalnych do popełnionego naruszenia i koniecznych do jego skutecznego zakończenia. Środki strukturalne zastosować można jedynie, gdy nie istnieją równie skuteczne środki behawio-

ralne lub, gdy równie skutecznie środki behawioralne byłyby bardziej uciążliwe dla zainteresowanych przedsiębiorstw niż środki strukturalne.

Przepis ten wyraźnie dzieli środki zaradcze na behawioralne, a więc takie, których wykonanie wymaga określonego zachowanie (działania lub zaniechania) przedsiębiorcy oraz strukturalne, które ingerują nie tyle w samo zachowanie, co w organizację przedsiębiorstwa przedsiębiorcy. Oczywiście do wykonania większości środków zaradczych strukturalnych konieczne jest określone zachowanie przedsiębiorcy (np. podjęcie uchwały lub zawarcie umowy), zachowanie to jednak będzie nakierowane nie tyle na poprawienie stanu konkurencji, co na realizację środka zaradczego. Podział środków zaradczych na behawioralne i strukturalne nie jest jednak całkowicie ostry, mogą zatem występować środki o charakterze mieszanym. Z art. 7 ust. 1 rozporządzenia 1/2003 można ponadto wywieść trzy podstawowe zasady, które obowiązują Komisję przy podejmowaniu decyzji o nałożeniu środka zaradczego. Są to zasada proporcjonalności, zasada niezbędności (konieczności) oraz zasada mniejszej uciążliwości, z której z kolei można wywieść zasadę kwalifikacji środków strukturalnych jako bardziej uciążliwych dla przedsiębiorcy. Zasady powyższe są odzwierciedlone także w nowej regulacji uokik, o czym niżej.

Komisja Europejska nie wydała, jak dotąd ani jednej decyzji nakładającej środek zaradczy o charakterze strukturalnym na gruncie art. 7 ust. 1 rozporządzenia 1/2003. Środki strukturalne były wielokrotnie stosowane w ramach postępowań w zakresie kontroli koncentracji. Natomiast Komisja wydała wiele decyzji dotyczących naruszeń art. 101 lub art. 102 TFUE, gdzie zostały nałożone środki zaradcze o charakterze behawioralnym. Jedną z najbardziej znanych jest sprawa Microsoft (T-201/04), w której na tego giganta informatycznego został nałożony obowiązek umożliwienia dostępu do określonej infrastruktury, w tym udzielenia licencji na oprogramowanie komputerowe. W sprawie ECS/AKZO, Komisja Europejska w decyzji z dn. 14 grudnia 1985 r. nakazała zmianę lub niestosowanie określonych warunków handlowych. W decyzji w sprawie Irish Sugar z dn. 14 maja 1997 r. nałożono obowiązek zmiany wysokości stosowanych cen oraz systemu rabatów. W sprawie Zoja/CSC-ICI (Commercial Solvents), decyzją z dn. 14 grudnia 1972 r. Komisja orzekła o obowiązku wznowienia dostaw do kontrahenta. Środek behawioralny w postaci nakazu poinformowania klientów (partnerów handlowych) o określonych zmianach w działalności przedsiębiorcy został nałożony w decyzji Komisji Europejskiej w sprawie Johnson & Johnson z dn. 25 listopada 1980 r. Warto zwrócić także uwagę na wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Automec II (T-24/90). W tej sprawie Trybunał orzekł o naruszeniu przez Komisję Europejską zasady proporcjonalności. Komisja przekroczyła swoje uprawnienia, ponieważ zastosowała środek zaradczy nieproporcjonalny do naruszenia, tj. zażądała rozwiązania określonych stosunków umownych celem zaprzestania naruszenia art. 101 TFUE w sytuacji, gdy istniały inne środki pozwalające osiągnąć pożądany cel (np. reorganizacja względnie odstąpienie od danego systemu dystrybucji towarów).

4. Charakterystyka środków zaradczych w znowelizowanej uokik

W odróżnieniu od regulacji unijnej, polska ustawa nie zawiera rozróżnienia pomiędzy środkami behawioralnymi i strukturalnymi. W określonych okolicznościach, środek polegający na podziale działalności w ramach przedsiębiorcy zintegrowanego pionowo (dezintegracja wertykalna, art.10 ust. 5 uokik) może mieć charakter strukturalny, jeżeli w celu wykonania decyzji Prezesa UOKiK niezbędne będzie dokonanie zmian w strukturze organizacyjnej przedsiębiorstwa (np. wyodrębnienie spółki celowej). Na możliwość strukturalnego charakteru takich środków podziałowych wskazuje wprowadzenie w ust. 5 zasady mniejszej uciążliwości, na wzór rozwiązania unijnego, które wprost kwalifikuje środki strukturalne jako bardziej uciążliwe dla przedsiębiorcy. Z drugiej strony, polski ustawodawca nie jest w klasyfikacji uciążliwości tak konsekwentny jak unijny, ponieważ należy zauważyć, że środki zaradcze nałożone na podstawie ust. 5 mogą mieć także charakter wyłącznie behawioralny. Przykładowo, zmiana w sposobie prowadzenia sprzedaży hurtowej nie musi wiązać się z jakąkolwiek zmianą w strukturze przedsiębiorcy. Wprowadzenie zasady mniejszej uciążliwości do ust. 5 nie jest całkowicie poprawne metodologicznie, gdyż może prowadzić do porównań jednego środka behawioralnego z innym środkiem behawioralnym. Ponadto, może dojść do porównywania zupełnie odległych od siebie kwestii, np. uciążliwości (względnie skuteczności) środków zaradczych nie mających wiele ze sobą wspólnego. Jak na przykład porównać uciążliwość (skuteczność) udzielenia licencji praw własności intelektualnej w stosunku do nakazu zmiany systemu księgowania? Wyraźne rozróżnienie środków behawioralnych i strukturalnych w uokik mogłoby zapobiec tego rodzaju wątpliwościom, pojawiającym się w związku z zasadą mniejszej uciążliwości.

4.1. Środki zaradcze w katalogu przykładowym (art. 10 ust. 4 pkt 1–4)

Katalog środków behawioralnych wymienionych w art. 10 ust. 4 pkt 1–4 obejmuje kilka, które ze swej istoty mogą w sposób szybki i bezpośredni prowadzić do zmian w działalności gospodarczej przedsiębiorcy, skutkujących przywróceniem konkurencyjnych relacji rynkowych lub usuwających skutki praktyk szkodliwych dla konkurencji. Jednym z najbardziej doniosłych środków zaradczych jest nakaz zmiany umowy (ust. 4 pkt 3). Środek ten dotyczy sytuacji, w której umowa jest już zawarta, jednak jej wykonywanie narusza reguły konkurencji. Chodzić tu będzie przede wszystkim o nadużywanie pozycji dominującej wobec kontrahentów, co może mieć miejsce w różnorodnych formach. Kluczową kwestię stanowi wysokość stosowanych cen. Czy zatem Prezes UOKiK, stwierdzając praktykę polegającą na narzucaniu nieuczciwych cen (cen nadmiernie wygórowanych, albo rażąco niskich, art. 9 ust. 2 pkt 1 uokik) może nałożyć w decyzji obowiązek obniżenia lub podwyższenia cen? Idąc jeszcze dalej, czy nakaz zmiany umowy może polegać na określeniu konkretnej wysokości ceny, uznanej przez Prezesa UOKiK za

uczciwą? Wydaje się, iż ustawa nie zawiera przeszkody uniemożliwiającej Prezesowi UOKiK wydanie nawet tak radykalnej decyzji.

W orzecznictwie unijnym nie ma wielu przykładów na interwencję o charakterze cenotwórczym, jednak można wskazać na dwa takie bezpośrednie przypadki. W sprawie ECS/AKZO z 1983 r., Komisja nałożyła środek zaradczy (a zarazem środek tymczasowy) polegający na ustaleniu minimalnej ceny sprzedaży, która mogła zostać obniżona tylko do wysokości jeszcze niższej ceny produktu konkurencyjnego. Z kolei, w sprawie Napp Pharmaceuticals z 2001 r., brytyjski organ ochrony konkurencji nałożył na przedsiębiorcę obowiązek obniżki cen leku morfinowego o co najmniej 15% i sprzedaży tych leków do szpitali w Wielkiej Brytanii w cenie nie niższej niż 20% tak obniżonej ceny. Jednak w większości przypadków *remedies* o charakterze cenowym polegały na znacznie bardziej ogólnych obowiązkach, np. monitoringu polityki cenowej (Chiquita/United Brands, 1976 r.), pobieraniu opłat w „rozsądnej wysokości” (Magill TV Guide, 1989 r.), a także zapewnieniu, aby różnice w cenach wynikały wyłącznie ze szczególnych warunków rynkowych i nie miały znamion praktyk drapieżnych ani dyskryminacyjnych, a udzielane korzyści były uzasadnione względami obiektywnymi.

Zmiana umowy może, oprócz ceny, dotyczyć także wielu innych różnych aspektów. Środki zaradcze mogą zatem ingerować w uciążliwość warunków umownych, jeżeli przynoszą one dominantowi nieuzasadnione korzyści (art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik). Środkami zaradczymi można wpływać i korygować antykonkurencyjne skutki takich relacji kontraktowych, jak kary umowne i ich wysokość, odległe terminy płatności, przejrzystość systemów rabatowych, ich dyskryminacyjny charakter, itd. *Remedies* behawioralne mogą dotyczyć także umów zawieranych w obrocie masowym z konsumentami (np. regulaminów i ogólnych warunków umów) pod warunkiem, że zawierający je przedsiębiorca będzie posiadał pozycję dominującą na rynku i narzucając określone wzorce lub postanowienia umowne, pozycji tej będzie nadużywał. Można wreszcie wskazać na cały szereg relacji o charakterze wertykalnym (odsprzedażowym), w których możliwym będzie nałożenie behawioralnych środków zaradczych polegających na zmianie umowy. Tytułem przykładu można wskazać nakaz usunięcia z umowy klauzuli o wyłączność, względnie wyeliminowania warunku polegającego na świadczeniu niemającym rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy (praktyka wiązania, art. 6 ust. 1 pkt 6 uokik).

Kolejnym środkiem zaradczym z katalogu w art. 10 ust. 4 pkt 4 jest nakaz zapewnienia innym podmiotom dostawy określonych produktów lub świadczenia określonych usług, na niedyskryminacyjnych warunkach. Środek ten będzie miał zastosowanie w sytuacji zaprzestania zaopatrywania określonych partnerów handlowych przez dominanta, bez obiektywnego i ekonomicznego uzasadnienia. Najczęściej obowiązki nakładane przez Komisję Europejską polegały na wymuszeniu wznowienia dostaw (sprawy Commercial Solvents, Magill TV Guide, Microsoft OS 2004).

Nakaz świadczenia określonych usług, o którym mowa w ust. 4 pkt 4, może częściowo pokrywać się z obowiązkiem umożliwienia dostępu do określonej infrastruktury na niedyskryminacyjnych warunkach, przewidzianym w ust. 4 pkt 2. Przepis ten dotyczy jednej z bardziej uciążliwych form odmowy współdziałania dominantów ze swoimi konkurentami, jaką jest blokowanie możliwości korzystania z kluczowej infrastruktury (*essential facility*). Zagadnienie dostępu do *essential facility* ma już długą historię w orzecznictwie unijnym (m.in. sprawy *British Midland/AER Lingus*, 1992 r.; *CYTA*, Cypr, 2010 r.; *BP*, 1978 r.; *Tele-marketing* 1986 r.; *GB-Inno* 1991 r.; *Seacontainers/Stena-link* 1994 r.; *Magill* 1995 r., i inne). Szczególnie interesująca jest sprawa *Oscar Bronner* z 1998 r., w której Trybunał Sprawiedliwości sformułował doktrynę naruszenia prawa dostępu do kluczowej infrastruktury, opierającą się na następujących przesłankach:

- 1) odmowa może doprowadzić do całkowitej eliminacji konkurencji ze strony podmiotu żądającego dostępu,
- 2) odmowa nie jest obiektywnie uzasadniona,
- 3) posiadanie dostępu jest niezbędne z punktu widzenia prowadzenia działalności przez żądającego, w związku z brakiem istniejącej lub potencjalnej usługi substytucyjnej na danym rynku¹⁹.

Z dotychczasowej praktyki Prezesa UOKiK warto natomiast wskazać na decyzję nr RKT-69/2006 z dn. 28 września 2006 r. w sprawie Energetyki Ciepłej Opolszczyzny SA., dotyczącej odmowy przyłączenia urządzeń BOT SA wytwarzających ciepło do jej sieci oraz odmowie wyrażenia zgody na przeprowadzenie przez nieruchomość Energetyki Ciepłej Opolszczyzny SA ciepłociągu w celu dokonania przyłączenia urządzeń do sieci ciepłowniczej.

Kolejnym przykładowym środkiem zaradczym wymienionym w art. 10 ust. 4 pkt 1 uokik jest nakaz udzielenia licencji praw własności intelektualnej na niedyskryminacyjnych warunkach. Chodzić tu będzie o licencje takich praw, jak prawa patentowe, autorskie, prawa do know-how, znaków towarowych itp. W orzecznictwie unijnym istotne sprawy z tego zakresu to wspomniane już *Microsoft* 2004 i *Magill*, a także sprawa *IMS Health* (C-418/01, 2004). W tej ostatniej sprawie sąd wspólnotowy dokonał analizy złożonych relacji pomiędzy prawem własności intelektualnej, a prawem konkurencji rozstrzygając, w jakich okolicznościach dominujący właściciel praw własności intelektualnej może zostać zmuszony do udzielenia licencji swojemu konkurentowi. Sąd rozwinął myśl wyrażoną we wspomnianym wyżej orzeczeniu *Oscar Bronner*, zwracając szczególną uwagę na aspekty potencjalnych wysiłków technologicznych i finansowych, które byłyby udziałem konkurenta w przypadku próby utworzenia alternatywnej, konkurencyjnej struktury²⁰.

4.2. Warunki niedyskryminacyjne a reguła FRAND

We wszystkich trzech ustawowych przypadkach z katalogu behawioralnych środków zaradczych polegających na stworzeniu określonej relacji pomiędzy dominantem a jego kontrahentem (art. 10 ust. 4 pkt 1, 2 i 4), mowa jest o obowiązku zapewnienia niedyskryminacyjnych warunków ta-

kim relacjom. Wchodzić zatem będzie w grę ustalenie punktu odniesienia dla oceny tego co jest, a co nie jest warunkiem o charakterze dyskryminacyjnym. Może to nastąpić w drodze porównania (tzw. *benchmarking*) względnie poprzez stworzenie nowego wzorca relacyjnego, będącego w istocie algorytmem prawidłowego postępowania. Zwłaszcza w tym drugim przypadku pomocne w ocenie może okazać się zastosowanie kryteriów tzw. reguły FRAND. Nazwa tej reguły stanowi akronim określenia „fair, reasonable and non-discriminatory” (uczciwy, rozsądny i niedyskryminacyjny). FRAND jest stosowany jako narzędzie oceny warunków licencyjnych w relacjach pomiędzy posiadaczami tzw. patentów SEP (*Standard Essential Patents*) i licencjobiorcami, a także w relacjach pomiędzy organizacjami ustanawiającymi standardy techniczne (*standard setting organisations*) a ich członkami, przy ustalaniu wspólnych standardów dla danej dziedziny, w związku z potrzebą zapewnienia kompatybilności i interoperacyjności urządzeń wytwarzanych przez różnych producentów. Jedną z kluczowych spraw dotyczącą interpretacji reguły FRAND jest spór *Microsoft vs. Motorola*²¹ w U.S.A., dotyczący korzystania z niezbędnych patentów w celu zapewnienia możliwości produkcji urządzenia spełniającego powszechne standardy w danej dziedzinie. Jedną z ciekawszych spraw w Unii Europejskiej jest sprawa *Huawei Technologies* (C-170/13), w której Rzecznik Generalny Wathelet wydał opinię opublikowaną w dn. 20 listopada 2014 r., poddającą ocenie działania licencjobiorcy i uprawnionego z patentu SEP mające doprowadzić do zawarcia umowy licencyjnej zgodnej z regułą FRAND. Jedną z istotnych cech niedyskryminacyjnego traktowania licencjobiorcy jest umożliwienie mu wejścia na rynek na tych samych zasadach, jak miało to miejsce w przypadku jego konkurentów. Niedyskryminacyjne warunki nie muszą być jednak takie same, np. opłaty licencyjne i warunki płatności mogą podlegać zmianom zależnym od wielkości produkcji licencyjnej i wzrostu wartości samej technologii. W sprawie *Huawei Technologies*, Komisja oceniła pozytywnie deklarację „gotowości” do zawarcia licencji na warunkach niedyskryminacyjnych, w przypadku zgody stron na określenie warunków FRAND przez sąd lub panel arbitrażowy.

4.3. Dezintegracja wertykalna (art. 10 ust. 5)

Przepis zawarty w ust. 5 wprowadza instytucję *środka polegającego na powierzeniu wykonywania określonej działalności gospodarczej, w tym wykonywania tej działalności na różnych szczeblach obrotu, poszczególnym podmiotom w ramach grupy kapitałowej lub odrębnym jednostkom organizacyjnym w ramach struktury przedsiębiorcy*. Z jakim środkiem mamy w tym przypadku do czynienia? Otóż w przepisie tym chodzi o rozdzielenie funkcjonalno-strukturalne przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo, czyli tzw. dezintegrację wertykalną²². Środek ten może dotyczyć przede wszystkim przedsiębiorstw zorganizowanych w sposób koncernowy, zwłaszcza posiadających w swojej strukturze sieć sprzedażną lub technologiczną. Dobrym przykładem jest organizacja sektora energetycznego. W wyniku

tw. unbundlingu został on podzielony na kilka operacyjnie odrębnych części, tj. wydobywczą (kopalnie węgla), produkcyjną (tw. wytwarzanie, czyli spółki zarządzające elektrowniami), dystrybucyjną (przesyłanie i dostarczanie energii elektrycznej poprzez spółki będące właścicielami sieci) oraz sprzedażową (odrębne spółki mogące sprzedawać prąd wytwarzany przez dowolnego producenta). Podział operacyjny był poprzedzony w 1996 r. tzw. unbundlingiem księgowym, tj. wyodrębnieniem finansowym działalności każdego z poziomów. Celem unbundlingu operacyjnego było stworzenie możliwości konkurowania na szczeblu sprzedaży energii elektrycznej, natomiast unbundling księgowy miał na celu wstępne odseparowanie przepływów finansowych w ramach sektora, po to, aby uwidocznić koszty działalności każdej jego części. Rozdział kosztowy działalności przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo jest o tyle istotny, że w jego braku staje się praktycznie niemożliwą oceną organu antymonopolowego, czy stosowane ceny są zasadne i uczciwe, czy też stanowią przypadek tzw. ceny nadmiernie wygórowanej (art. 9 ust. pkt 1 uokik) i w związku z tym powinny zostać obniżone. Koncern, który wszystkie koszty umieszcza w jednym „worku”, może dosyć dowolnie prowadzić grę kosztową i uzasadniać wysokie ceny w sposób niesprawdzalny.

W przypadku przedsiębiorstw posiadających własną sieć sprzedaży, problem powyższy ujawnia się w jeszcze jednej formie, a mianowicie możliwości dyskryminowania przedsiębiorców nienależących do sieci. Szczególnym przypadkiem jest także antykonkurencyjne faworyzowanie własnych sprzedawców, a ewentualnego przykładu w tym zakresie dostarczać może działalność PKN Orlen. Polska Izba Paliw Płynnych, będąca organizacją samorządu gospodarczego zrzeszającą niezależnych właścicieli stacji paliw, wielokrotnie skarżyła się do UOKiK na praktyki tzw. nożyc cenowych (bądź tzw. wyciskania przez marżę, *margin squeeze*), stosowane przez Orlen²³. Zdaniem Izby, marża stosowana przez Orlen na własnych stacjach sieciowych była tak niska, że konkurencyjne stacje paliw nie miały szans na sprzedaż paliw w cenie konkurencyjnej do tej sztucznie zaniżonej przez Orlen, tj. mogły być tylko droższe lub sprzedawać ze stratą. Pytany na tę okoliczność na konferencji prasowej prezes Orleń wyjaśniał, że w 2011 roku spółka „zbijała marżę, aby zaktywizować rynek”, a marża wynosiła „symboliczny 1 grosz”. Koncern tłumaczył także, że „prowadzi aktywną politykę stymulowania popytu i amortyzowania wpływu niekorzystnych czynników zewnętrznych na ceny paliw w Polsce”. Można zaryzykować twierdzenie, że weryfikacja przez Prezesa UOKiK tych nader enigmatycznych argumentów rozbiłaby się o analizę kosztową. Orlen byłby z pewnością w stanie pokazać takie przepływy kosztowe, które uzasadniają określony poziom marży. Księgowość prowadzona w ramach koncernu z reguły nie uwzględnia indywidualnych aspektów tworzenia kosztów w układzie wertykalnym; łatwo także przerzucać koszty, tworząc tzw. „centra kosztów”. Dla analizy antymonopolowej oznacza to ogromne utrudnienie w ustaleniu przesłanek „uczciwej ceny”, jaką powinien stosować dominant rynkowy. Dlatego środek zaradczy

w postaci dezintegracji wertykalnej mógłby być szczególnie zasadny w przypadku takich struktur koncernowych, jak Orlen.

Innym interesującym przykładem jest sprawa niedoszłego podziału dawnej Telekomunikacji Polskiej SA (obecny Orange) na część detaliczną i hurtową. Podział taki brała pod uwagę poprzednia Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej Anna Streżyńska. Także obecna Prezes UKE Magdalena Gaj wyrażając opinię o charakterze biznesowym, stwierdziła, że podział taki „dobrze by wszystkim zrobił”²⁴. Podział Telekomunikacji Polskiej SA miał służyć m.in. likwidacji praktyk dyskryminujących operatorów alternatywnych w stosunku do działu detalicznego grupy. Za kadencji Prezes Anny Streżyńskiej postępowanie podziałowe zostało jednak zawieszone, w związku z zawarciem w dn. 22 października 2009 r. porozumienia pomiędzy regulatorem i TP SA, w którym ten „zasiedziały” operator (*incumbent*) zobowiązał się m.in. do niestosowania praktyk dyskryminujących innych operatorów, wprowadzenia tzw. „chińskich murów” pomiędzy strukturami hurtu i detalu, przestrzegania określonych standardów przy zawieraniu umów (mierzonych tzw. wskaźnikami KPI, *key performance indicators*, przez niezależnych audytorów) oraz dokonania określonych inwestycji infrastrukturalnych w sieć szerokopasmową²⁵. Podział strukturalny Telekomunikacji Polskiej SA został zatem powstrzymany.

Powyższy przykład z rynku telekomunikacyjnego jest o tyle znamienity, że ewentualna dezintegracja wertykalna operatora przebiegałaby w oparciu o przepisy ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. — Prawo telekomunikacyjne²⁶. Warto w tym miejscu przywołać te przepisy, jako że mogą one stanowić podstawę dla analogicznych działań Prezesa UOKiK w zakresie stosowania środków zaradczych na innych rynkach. Kluczowy w tym względzie jest art. 44b ust. 1 pr. tel., zgodnie z którym *jeżeli wcześniej nałożone obowiązki regulacyjne w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, o których mowa w art. 34, art. 36–40 i art. 42, nie zapewniły na rynku hurtowym lub rynkach hurtowych skutecznej konkurencji oraz istnieją na tym rynku, lub rynkach istotne i trwałe problemy konkurencyjne lub zawadność rynku, Prezes UKE może, po przeprowadzeniu analizy, o której mowa w art. 21 ust. 1, w zakresie tego rynku hurtowego lub rynków hurtowych, nałożyć na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego zintegrowanego pionowo obowiązek rozdziału funkcjonalnego, polegający na wykonywaniu działalności związanej ze świadczeniem usług hurtowego dostępu telekomunikacyjnego przez wyodrębnioną, niezależnie działającą jednostkę organizacyjną, zwaną dalej «wydzieloną jednostką organizacyjną», lub przez kilka wydzielonych jednostek organizacyjnych. „Rozdział funkcjonalny”, o którym mowa w powyższym przepisie, to inaczej sformułowana postać „powierzenia wykonywania określonej działalności gospodarczej”, o której mowa w art. 10 ust. 5 uokik. Widoczna jest znaczna korelacja obu przepisów, czy wręcz inspiracja twórców art. 10 ust. 5 uokik treścią art. 44b ust. 1 pr. tel.*

Przepis art. 10 ust. 4 uokik może być stosowany także w przypadku już podzielonych struktur, przykładowo takich

jak sektor kolejowy, w którym wyodrębniono operatora infrastrukturalnego (Polskie Linie Kolejowe Sp. z o.o.) będącego właścicielem i zarządcą torów kolejowych, przewoźników pasażerskich (PKP Intercity, TLK, i inne) oraz towarowych (PKP Cargo SA), a także inne rodzaje działalności, np. energetyczną, telekomunikacyjną, obsługi taboru kolejowego, obsługi podróży, itp. Podstawowym celem tego „unbundlingu” było najpierw wyodrębnienie działalności, a następnie zapewnienie konkurencji, zwłaszcza na rynku przewozów pasażerskich i towarowych, na którym mogą obecnie działać inni koncesjonowani przewoźnicy, aniżeli należący do Grupy PKP. Jednak w przypadku tworzenia barier dostępu przez zasiedziały przewoźników, możliwym będzie ewentualne skorzystanie przez Prezesa UOKiK ze środka zaradczego polegającego na dalszej dywersyfikacji organizacyjnej tych przewoźników. Przykładowo, przewoźnik utrudniający dostęp do bocznic kolejowych lub granicznych punktów przeładunkowych mógłby zostać w znacznym stopniu poddany kontroli w zakresie udostępniania tych elementów struktury, poprzez nakaz powierzenia określonej działalności wyodrębnionym podmiotom grupowym lub odrębnym jednostkom organizacyjnym.

Generalnie rzecz ujmując, środki zaradcze polegające na dezintegracji wertykalnej będą miały zastosowanie prawdopodobnie wyłącznie do struktur zasiedziały, stwarzających blokady dostępu do rynku lub nieprzejrzystych w stopniu uniemożliwiającym kontrolę ich działalności przez Prezesa UOKiK. Dezintegracja wertykalna może więc potencjalnie dotyczyć, poza powyższymi przykładami, także sektora wydobywczego, gazowego czy ciepłowniczego. Należy jednak pamiętać, że środki dezintegracyjne mogą być stosowane wyłącznie w sytuacji, w której inne środki zaradcze mogłyby okazać się nieskuteczne, albo skuteczne lecz bardziej uciążliwe dla przedsiębiorcy. Ocena skuteczności i uciążliwości danego środka powinna zostać dokonana w oparciu o rzetelną analizę ekonomiczną, przy uwzględnieniu standardów działania przedsiębiorców, charakterystycznych dla danego rynku właściwego.

4.4. Inne możliwe środki zaradcze (poza ustawowym katalogiem przykładowym)

Czy Prezes UOKiK może nakazać zastosowanie środków rekompensacyjnych, np. wypłatę odszkodowania? To dosyć kontrowersyjna kwestia, ponieważ zasadą jest, że o odszkodowaniu orzeka sąd. Z drugiej strony, nie ma jednoznacznej przeszkody w uokik, aby decyzja Prezesa UOKiK wydana na podstawie art. 10 ust. 4 uokik obejmowała także obowiązek odszkodowawczy, przynajmniej w zakresie *damnum emergens*, tj. straty rzeczywiście poniesionej przez przedsiębiorcę w wyniku zakazanych działań antykonkurencyjnych innego podmiotu²⁷. Należy natomiast z naciskiem podkreślić, że tego rodzaju decyzja musi zawsze uwzględniać interes publiczny²⁸, tzn. że Prezes UOKiK nie może działać w celu zaspokojenia roszczeń cywilnych poszkodowanego przedsiębiorcy, a jedynie w celu przywrócenia warunków niezakłóconej konkurencji. W uwagi na istotne w kontekście tej kwestii zawężenie kompetencji Prezesa UOKiK do działań polegających wy-

łącznie na ochronie interesu publicznego, należy oczekiwać, że środek zaradczy o charakterze rekompensacyjnym byłoby zastosowany zupełnie wyjątkowo, to jest zawsze w koniunktywnym zbiegu z realizacją przesłanki interesu publicznego.

Mogłoby to mieć miejsce, przykładowo, w sytuacji, w której Prezes UOKiK bez jakichkolwiek wątpliwości mógłby stwierdzić, że otrzymane jako surogat odszkodowania środki pieniężne zostaną spożytkowane przez poszkodowanego przedsiębiorcę na inwestycję zapewniającą zwiększenie konkurencyjności rynku. Bardziej prawdopodobne wydaje się zatem decydowanie o odszkodowaniu na rzecz konsumentów, w ramach usunięcia skutków stosowania praktyki, np. eksploatacyjnej podwyżki cen przez dominanta rynkowego. Orzeczenie odszkodowania konsumentom będzie bowiem zawsze związane z realizacją interesu publicznego. Można w tym miejscu wskazać, że Prezes UOKiK przyjmował już wielokrotnie zobowiązania przedsiębiorców, których działania stanowiły naruszenie zbiorowych interesów konsumentów, do wypłaty odszkodowań konsumentom poszkodowanych wskutek tego typu praktyk²⁹. W znowelizowanych przepisach dotyczących decyzji zobowiązujących wydawanych na podstawie art. 12 ust. 1, tj. w sprawach praktyk ograniczających konkurencję, a także na podstawie art. 28 ust. 1, tj. w sprawach naruszenia zbiorowych interesów konsumentów, wyraźnie wskazuje się na działanie zmierzające do usunięcia skutków naruszenia jako na jeden z rodzajów działań obejmowanych decyzjami zobowiązującymi.

Warto także wskazać, że w nowym art. 111 ust. 3 pkt 1 lit. c) uokik, dotyczącym zasad wymierzania przez Prezesa UOKiK kar pieniężnych, jedną z okoliczności łagodzących jest podjęcie przez przedsiębiorcę z własnej inicjatywy działań w celu usunięcia skutków dokonanego naruszenia. Działania polegające na usunięciu skutków naruszenia mogą mieć formę wypłaty odszkodowania przedsiębiorcom lub konsumentom. Z powyższych przepisów oraz art. 1 uokik wynika, że z całą pewnością działania odszkodowawcze są pożądane przez ustawodawcę. Nie ma zatem przeszkody na tle art. 10 uokik, aby o obowiązku odszkodowawczym wobec przedsiębiorców i konsumentów mógł decydować Prezes UOKiK poprzez zastosowanie tego rodzaju środka zaradczego, zwłaszcza że ostatecznie, w przypadku wniesienia odwołania, i tak sprawę rozstrzygałby sąd powszechny. Przeszkody mogą jednak tkwić w kwestiach proceduralnych, ponieważ ani poszkodowany przedsiębiorca, ani konsument, nie mogą być stronami postępowania antymonopolowego prowadzonego przez Prezesa UOKiK. Nie mogą zatem aktywnie uczestniczyć w postępowaniu, w szczególności uzyskać dostępu do akt sprawy, co z pewnością osłabia możliwości dowodzenia³⁰. Z drugiej strony, Prezes UOKiK posiada prawo żądania przekazywania przez przedsiębiorców wszelkich koniecznych informacji i dokumentów (art. 50 ust. 1 uokik). Przedsiębiorcy i konsumenci mogą także składać na piśmie — z własnej inicjatywy lub na prośbę Prezesa UOKiK — wyjaśnienia dotyczące istotnych okoliczności sprawy (art. 50 ust. 3 uokik).

Materiał dowodowy mógłby zatem powstawać przy wykorzystaniu powyższych możliwości. Natomiast istotne problemy proceduralne powstałyby w sytuacji, w której poszkodowany przedsiębiorca próbowałby równolegle, albo ponownie dochodzić przed sądem odszkodowania orzeczonego w decyzji Prezesa UOKiK. Uważam, że brak byłoby podstaw do odrzucenia pozwu na podstawie art. 199 § 1 pkt 2 Kpc z uwagi na niewystępowanie ani przesłanki zawisłości sporu, ani przesłanki prawomocnego osądzenia sprawy pomiędzy tymi samymi stronami (*res iudicata*), powód nie uczestniczyłby bowiem w postępowaniu antymonopolowym, a postępowanie to nie jest postępowaniem sądowym. Pozwanemu pozostawałoby w takiej sytuacji podniesienie zarzutu z art. 5 Kc, tj. powołanie się na niezgodność podniesionych roszczeń z zasadami współżycia społecznego, co jednak oznacza konieczność przeprowadzenia procesu sądowego.

Powyższe trudności z pewnością nie są jedyne. Immanentną cechą styku procedur jest wzajemne niedopasowanie konstrukcyjne jednej procedury do drugiej. Już samo postępowanie antymonopolowe ma tzw. hybrydowy charakter, łącząc elementy *sui generis* jemu właściwe z elementami postępowania cywilnego, karnego i administracyjnego. W przypadku wydania przez Prezesa UOKiK decyzji zawierającej odszkodowawcze środki zaradcze, ilość problemów związanych ze sformułowaniem, uzasadnieniem i wykonaniem takiej decyzji byłaby nader liczna. Z drugiej strony, decyzje zaradczo-odszkodowawcze mogłyby być kuszącą perspektywą rozwoju prawa konkurencji. Należy pamiętać, że zarówno Komisja Europejska, jak i UOKiK wielokrotnie podkreślały potrzebę korzystania przez przedsiębiorców z mechanizmów tzw. *private enforcement* w zakresie dochodzenia roszczeń od naruszcycieli. Organy antymonopolowe wręcz zachęcają do składania pozwów odszkodowawczych, a Komisja Europejska wydała w celu pomocy poszkodowanym przedsiębiorcom i sądom krajowym m. in. dokument roboczy, tzw. Przewodnik Praktyczny „Ustalanie wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej”³¹. Uwzględnienie także środków odszkodowawczych jako jednej z form środków zaradczych wpłynęłoby pozytywnie na realizację postulatu, aby poprzez sankcje o charakterze odszkodowawczym odstraszać przedsiębiorców od naruszania reguł konkurencji. We wspomnianym Komunikacie Komisji stwierdza się, że *skuteczniejsze środki zaradcze dla konsumentów i przedsiębiorstw umożliwiające uzyskanie odszkodowania przynoszą też pozytywny efekt odstraszający, zniechęcając do naruszania przepisów w przyszłości oraz zapewniając większą zgodność z regułami*. Wynika z tego, że Komisja Europejska bierze pod uwagę możliwość nakładania środków zaradczych, których celem byłoby uzyskanie odszkodowań. Ponieważ art. 10 ust. 4 nie kataloguje środków zaradczych jako *numerus clausus*, użyty przez ustawodawcę zwrot „w szczególności”, a także widoczne skupienie uwagi ustawodawcy na środkach behawioralnych, nie wykluczają posłużenia się środkiem

zaradczym także jako środkiem odszkodowawczym. Oczywiście, wskazana byłaby w tej materii należyta ostrożność. Po pierwsze, Prezes UOKiK nie może przeprowadzić postępowania o charakterze cywilnym, a zatem nie może dojść do zastąpienia sądu przez organ administracyjny. Po drugie, Prezes UOKiK musiałby zdecydować o takich kwestiach, jak związek przyczynowy pomiędzy naruszeniem prawa konkurencji i powstaniem szkody. Po trzecie, ocenić wysokość tej szkody. Ale, nade wszystko, Prezes UOKiK musiałby ocenić negatywny wpływ szkody na sferę interesu publicznego. Jeżeli takiego wpływu nie można by stwierdzić, to także nałożenie odszkodowawczego środka zaradczego byłoby niemożliwe, jako pozostające w sprzeczności z art. 1 uokik. Wreszcie, Prezes UOKiK musiałby mieć pewność, że odszkodowawczy środek zaradczy jest proporcjonalny do wagi i rodzaju naruszenia i konieczny do usunięcia jego skutków (art. 10 ust. 6 uokik). Przy czym, „usunięcie skutków” musiałoby w tym przypadku obejmować co najmniej przywrócenie pierwotnego kształtu konkurencji (efekt restytucyjny), a jeszcze lepiej byłoby, aby w wyniku „usunięcia skutków” nastąpił wzrost poziomu konkurencji (*competitive boost*). Wszystkie te powyższe przesłanki sprawiają, że decyzje zaradczo-odszkodowawcze mogą mieć w praktyce zupełnie wyjątkowy charakter.

5. Kilka uwag w kwestiach proceduralnych

Zgodnie z art. 10 ust. 6 środki zaradcze nakładane przez Prezesa UOKiK powinny być proporcjonalne do wagi, rodzaju naruszenia i konieczne do jego zakończenia lub usunięcia jego skutków. Przepis ten zawiera dwie istotne zasady, których naruszenie będzie miało wpływ na wadliwość decyzji administracyjnej zawierającej środki zaradcze.

Zasada proporcjonalności oznacza, że jeżeli istnieje wybór pomiędzy środkiem godzącym bardziej lub mniej w swobodę działalności przedsiębiorcy, należy wybrać środek mniej dolegliwy. W tym sensie zasada ta stanowi dopełnienie niezbyt jasno sformułowanej zasady mniejszej uciążliwości, o której mowa w art. 10 ust. 5 uokik. Z zasady proporcjonalności wynika ponadto, że jeżeli przedsiębiorca proponuje akceptowalną modyfikację środka zaradczego, Prezes UOKiK powinien taki postulat uwzględnić. Proporcjonalność generalnie oznacza także wybór środka, który najmniejszym kosztem i staraniem odniesie optymalny skutek. Wykroczenie poza zasadę proporcjonalności stanowiłoby niedopuszczalny eksces, nie służąc publiczno-prawnemu celowi ochrony konkurencji i naruszając indywidualne interesy przedsiębiorcy. Zasada proporcjonalności powinna być postrzegana w jeszcze jednym doniosłym aspekcie. Jeżeli przedsiębiorca oferuje zobowiązanie o treści odpowiadającej ewentualnemu środkowi zaradczemu, to uważam, że Prezes UOKiK powinien, rozważając wybór pomiędzy zobowiązaniem a środkiem zaradczym, kierować się także tym, które rozwiązanie szybciej przyniesie pożądane korzyści. Proporcjonalność będzie

wówczas polegać na wyborze środka, którego wprowadzenie w życie jest najłatwiejsze. Ostateczny wybór powinien ponadto uwzględniać wymienione w ust. 6 kryteria wagi i rodzaju naruszenia.

Zasada niezbędności polega na tym, że środki zaradcze powinny stanowić, zgodnie ze swoją nazwą, *remedium* pozwalające usunąć szkodliwe ograniczenie konkurencji. Jeżeli zatem środki zaradcze mają być wdrożone dopiero po uprawomocnieniu się decyzji Prezesa UOKiK, to sens nakładania przynajmniej niektórych z nich, będzie mocno dyskusyjny. Biorąc pod uwagę długość sądowego postępowania odwoławczego, tj. okres co najmniej kilkuletni, istnieje ryzyko że określony środek zaradczy utraci w tym czasie swoją „siłę uderzeniową”, a jego zastosowanie będzie z tego względu nieprzydatne dla celów zaniechania stosowania antykonkurencyjnej praktyki lub usunięcia jej skutków. Okoliczność ta jest niezmiernie istotna i powinna być zawsze brana pod uwagę przez Prezesa UOKiK przy nakładaniu środków zaradczych. Jeżeli analiza rynku czasowo relewantnego doprowadzi do wniosku, że dany środek zaradczy nie odniesie skutku, jeżeli ma zostać wdrożony dopiero po uprawomocnieniu się decyzji Prezesa UOKiK, to środek taki w ogóle nie powinien zostać nałożony, jako bezskuteczny. Jeszcze raz powraca w tym kontekście kwestia wyboru pomiędzy nałożeniem środka zaradczego, któremu towarzyszy opór przedsiębiorcy, a przyjęciem zobowiązania podejmowanego zgodnie z wolą i oczekiwaniem przedsiębiorcy.

Z uwagi na powyższe uwarunkowania, a także na to, że środki zaradcze często będą miały taki sam cel, jak środki tymczasowe (*interim measures*), może być wskazane, aby nakładane środki zaradcze były zarazem środkami tymczasowymi. Ponadto, w wielu wypadkach może być wskazane nadanie decyzji zawierającej środki zaradcze rygoru natychmiastowej wykonalności (art. 90 uokik)³².

W art. 10 ust. 7 przewidziano procedurę, zgodnie z którą Prezes Urzędu informuje przedsiębiorcę o zamiarze zastosowania określonych środków zaradczych. Rozwiązanie to należy ocenić jako zdecydowanie pozytywne. Natomiast, wprowadzenie 14-dniowego terminu na przedstawienie przez przedsiębiorcę stanowiska do planowanych środków zaradczych należy uznać za zbędne i biurokratyczne. Powstaje bowiem pytanie, jakie będą skutki nieprzedstawienia stanowiska w powyższym terminie, względnie przedstawienie stanowiska niepełnego? Jest nader oczywiste, że 14 dni to za mało, aby w tym czasie przedsiębiorca mógł poważnie odnieść się do środka zaradczego polegającego, np. na wertykalnym rozdzielaniu działalności hurtowej od detalicznej w ramach złożonej, koncernowej struktury. Czy wówczas przedsiębiorca traci uprawnienie do odwołania się do sądu w zakresie nałożonego środka zaradczego, czy jego sytuacja procesowa ulega pogorszeniu? Z pewnością nie, uchybienie temu terminowi nie może mieć wpływu na zasadnicze prawa przedsiębiorcy. Po co zatem nakłada się na przedsiębiorcę mało realny termin w poważnej sprawie, skoro i tak to Prezes decyduje o środku zaradczym? Znacznie prostszą procedurą byłoby

po prostu wprowadzenie do przepisu wzmianki o poprzeczeniu nałożenia środka zaradczego konsultacją z przedsiębiorcą — w ramach postępowania antymonopolowego, które łącznie z postępowaniem wyjaśniającym, może trwać długie miesiące, jeżeli nie lata. O zakończeniu postępowania antymonopolowego Prezes UOKiK i tak jest zobowiązany przedsiębiorcę poinformować i wyznaczyć końcowy termin do odniesienia się do całości sprawy. Niepotrzebne jest zatem wprowadzanie jeszcze jednego, 14-dniowego terminu, który ma „obowiązywać” w ramach trwającego postępowania.

W końcowych ustępach 8 i 9 art. 10 uokik zamieszczono przepisy regulujące określenie terminu realizacji środków zaradczych, który może zostać określony przez Prezesa UOKiK przy uwzględnieniu wagi i rodzaju naruszenia oraz zastosowanego środka. Natomiast obligatoryjnie Prezes Urzędu nakładać będzie na przedsiębiorcę obowiązek składania w wyznaczonym terminie informacji o stopniu realizacji środków zaradczych.

6. Podsumowanie

Prezes UOKiK powinien stosować środki zaradcze tylko do najpoważniejszych ograniczeń konkurencji. Regułę powyższą można pośrednio wywieść z art. 10 ust. 6, zwłaszcza z zasady niezbędności. Należy jednak pamiętać, że z art. 10 nie wynika jakkolwiek zasada automatyzmu, uruchamiająca mechanizm *remedies* dopiero po osiągnięciu przez przedsiębiorców poziomu pozycji dominującej na rynku, względnie po przeprowadzeniu badań rynkowych typu test SIEC czy test „pięciu procent”. Decyzja o zastosowaniu środka zaradczego leży zatem w sferze uznaniowości Prezesa UOKiK, a jej weryfikacja będzie następować w toku kontroli sądowej. W przypadku zastosowania środka zaradczego, Prezes UOKiK powinien dążyć do możliwie szerokiej generalizacji rozstrzygnięć po to, aby *remedies* wyznaczały kierunki kształtowania polityki konkurencji. Prezes UOKiK powinien unikać (choć nie zawsze będzie to możliwe) rozstrzygnięć zbytnio partykularnych, osadzonych w realiach jednostkowej sprawy, której znaczenie szybko ulega zatarciu.

Istotne także będą ewentualne interpretacje i wyjaśnienia Prezesa UOKiK, w jakich przypadkach i w jaki sposób będzie wydawał decyzje zawierające środki zaradcze. Jest także kluczowe, aby konsultacje z przedsiębiorcami podanymi procedurze *remedies* nie miały charakteru li tylko formalnego. Procesowi decyzyjnemu powinny towarzyszyć gruntowne badania rynkowe z użyciem wszelkich dostępnych metod stosowanych w ramach ekonomizacji prawa konkurencji. *Last but not least*, instytucja *remedies* będzie stanowić dla Prezesa UOKiK poważne wyzwanie przy wyważaniu pomiędzy potrzebami interesu publicznego i indywidualnymi potrzebami i prawami przedsiębiorcy. Należy bowiem pamiętać, że stosując *remedies*, Prezes UOKiK podejmuje decyzję nie tylko w kwestii ograniczenia konkurencji, ale także w kwestii ograniczenia działalności gospodarczej przedsiębiorcy.

¹ Nowelizacja ustawy z dn. 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik) została dokonana ustawą z dn. 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy — Kodeks postępowania cywilnego, DzU z dn. 17 lipca 2014 r., poz. 945, wchodząc w życie w dn. 18 stycznia 2015 r.

² W ramach przygotowań do nowelizacji uokik odbyło się kilka konferencji informacyjno-edukacyjnych współorganizowanych przez UOKiK, m.in. dn. 28 marca 2012 r. we Wrocławiu, dn. 11 października 2012 r. w Toruniu, w dn. 24–26 kwietnia 2013 r. w Warszawie (w ramach XII Konferencji ICN), dn. 10 października 2013 r. w Lublinie, dn. 18 marca 2014 r. w Warszawie.

³ Zob. Biuletyn Informacji Publicznej Rządowego Centrum Legislacji, <http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/85314/katalog/85318.85318>, dostęp 14.01.2015 r.

⁴ Ukazały się dwa specjalne numery kwartalnika iKAR poświęcone debacie nowelizacyjnej [iKAR nr 7(2) 2014 oraz nr 2(4) 2012] zawierające wypowiedzi: D. Aziewicz, T. Bagdzińskiego, M. Bernatta, R. Gago, K. Kowalik-Bańczyk, A. Maziarza, A. Piszcz, P. Rosiaka, P. Semeniuka, M. Sieradziej, T. Skoczny, J. Sroczynski, Sz. Sypa, B. Turno oraz D. Wolskiego.

⁵ Zob. projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Biuletyn Informacji Publicznej Rządowego Centrum Legislacji, <http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/43452>, dostęp 14.01.2015 r.

⁶ Trudno jednak ocenić, w jakim stopniu wątpliwości przedsiębiorców, jak wykonać decyzję Prezesa UOKiK, wynikały z kwestionowania jej zasadności bądź jakości w toku sądowego postępowania odwoławczego, stanowiąc de facto element strategii procesowej. W praktyce niezmiernie bowiem rzadko przedsiębiorca potrzebuje konsultacji organu administracyjnego w kwestiach związanych z prowadzeniem swoich własnych spraw.

⁷ Dalej: rozporządzenie 1/2003.

⁸ Do pewnego stopnia można jednak polemizować z tym poglądem, zwłaszcza z punktu widzenia przedsiębiorcy. Kara pieniężna, nawet jeśli dolegliwa, stanowi mimo wszystko „tylko” finansową ingerencję w sytuację przedsiębiorcy. Natomiast środki zaradcze będą często miały skutek długofalowo ingerujący w sposób prowadzenia działalności gospodarczej, będą niejako wytyczały przedsiębiorcy ramy, w jakich może się on poruszać. Można zaryzykować stwierdzenie, że niekiedy przedsiębiorca wolałby zapłacić większą karę, aniżeli dokonywać zmian w swojej strukturze bądź formie działań, co końcowo może być znacznie bardziej kosztowne.

⁹ Dostrzega to M. Modzelewska — de Raad, zob. <http://www.modzelewska.pasnik.pl/pl/blog/33/20/srodki-zaradcze-w-nowej-ustawie-czyli-powrot-do-przeslosci/>, dostęp 14.01.2015 r.

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 29 maja 1991 r. (III CRN 120/91).

¹¹ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dn. 27 października 1992 r., XVII Amr 21/92, „Wokanda” 1993 r., Nr 3; zob. także S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa w orzecznictwie*, Warszawa 1996, s. 59, pkt 9.

¹² Wyrok Sądu Antymonopolowego z dn. 10 maja 1993 r., XVII Amr 7/93, „Wokanda” 1993 r., nr 11; zob. także T. Ławicki, *Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym. Komentarz*, Warszawa 1998, s. 47–49.

¹³ Interesującą decyzję (nr DOK-3/2008 z dn. 4 lipca 2008 r.) wydał Prezes Urzędu spółce Xella Polska Sp z o.o. oraz jej kilkunastu odsprzedawcom, przyjmując zobowiązanie wszystkich stron postępowania do wykreślenia z porozumień o warunkach dostawy materiałów budowlanych postanowienia zobowiązującego do niestosowania przez nabywców tych materiałów budowlanych cen niższych, niż ceny ich zakupu od dostawcy.

¹⁴ Przed nowelizacją uokik, zobowiązanie to mogło dotyczyć „zapobieżeniu naruszeniom” zakazu stosowania praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, podobnie jak zobowiązania na podstawie art. 12 uokik.

¹⁵ Zob. T. Skoczny, *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*, Warszawa 2012, s. 299–318.

¹⁶ Zob. decyzja Prezesa UOKiK ws. Polpharma/Polfa, nr DKK-23/2012 z dn. 26 marca 2012 r.

¹⁷ Zob. decyzja Prezesa UOKiK ws. Gaspol/Orlen Gaz, nr DKK-63/2013 z dn. 20 maja 2013 r.

¹⁸ Zob. np. K. Kohutek, *Środki przysługujące Komisji w razie naruszenia wspólnotowych reguł konkurencji*, „Prawo i Podatki Unii Europejskiej” nr 2/2006; C. Banasiński, M. Bychowska, *Kompetencje decyzyjne Komisji Europejskiej i Prezesa UOKiK wynikające z rozporządzenia Rady UE nr 1/2003 w świetle zasady równoległego stosowania wspólnotowego i krajowego prawa antymonopolowego*, „Przegląd Prawa Handlowego”, 2009.3.4.; E. Hjelmeng, *Competition law remedies: Striving for coherence or finding*

new ways?, CMLR 2013.4.1007; M. Kolasinski, A. Kustra, *Konstytucyjne standardy ochrony przedsiębiorcy a środki zaradcze we wspólnotowym prawie konkurencji*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2008.5.17; M. Kolasinski, *Strukturalne środki zaradcze stosowane w razie naruszenia wspólnotowych zakazów nadużywania pozycji dominującej i zмовы kartelowej*, PPH 2008/6; J. Lianos, *Competition Law Remedies: in Search of a Theory*, [w:] *The Global Limits of Competition Law*, edited by Joannis Lianos and D. Daniel Sokol, Stanford University Press, 2012, s. 177–205.

¹⁹ S.J. Evrard, *Essential facilities In the European Union: Bronner and Beyond*, 10 COLUM J. Eur. L. 491 (2004); K. Kohutek, *Komentarz do art. 7 rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu*, LEX, wersja elektroniczna.

²⁰ Na odrębną uwagę może zasługiwać nader złożona relacja art. 10 ust. 4 pkt 1 do art. 2 uokik, przewidującego że uokik nie narusza praw przysługujących na podstawie przepisów dotyczących ochrony własności intelektualnej i przemysłowej, jednakże stosuje się uokik do umów licencyjnych, których skutkiem jest nieuzasadnione ograniczenie swobody działalności gospodarczej stron lub istotne ograniczenie konkurencji na rynku. Zob. w tej kwestii krytyczne podejście do regulacji art. 2 uokik, [w:] D. Miąsik, *Stosunek prawa ochrony konkurencji do prawa własności intelektualnej*, Warszawa 2012.

²¹ Sprawa sądowa w Court of Appeals, nr 696 F.3d 872 9th CIR. 2012.

²² M.K. Perry, *Vertical Integration: Determinants and Effects*, [w:] R. Schmalensee, R.D. Willig (red.), *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 1, Elsevier North Holland, Amsterdam, 1989, s. 183–258; P. Hellström, F. Maier-Rigaud, F. Wenzel Bulst, *Remedies in European Antitrust Law*, Antitrust Law Journal No. 1 (2009), s. 43–63.

²³ Zob. <http://www.paliwa.pl/news/polska-izba-paliw-plynnych-o-uczciwe-warunki-konkurencji>, dostęp 14.01.2015 r. Na praktyki Orlenu skarżył się do Prezesa UOKiK także koncern BP, twierdząc że ceny ustalane przez Orlen powodują „niemożność jakiegokolwiek konkurowania”, zob. „Paliwa Płynne” nr 2/2012, s. 11.

²⁴ http://biznes.gazetaprawna.pl/artykuly/673230,uke_podzial_tpsa_na_czesc_hurtowa_i_detaliczna_dobrze_by_wszystkim_zrobil.html, dostęp 14.01.2015 r. Podziały wertykalne zasiedziały operatorów telekomunikacyjnych miały miejsce np. w Wielkiej Brytanii, Szwecji (TeliaSonera), Australii i Nowej Zelandii.

²⁵ <http://www.uke.gov.pl/porozumienie-pomiedzy-tp-sa-a-prezesem-uke-5144>, dostęp 14.01.2015 r.

²⁶ Tekst jednolity DzU 2014/243, dalej Prawo telekomunikacyjne.

²⁷ Jeżeli możliwe byłoby zdecydowanie o wypłacie poszkodowanemu *damnum emergens*, to potencjalnie decyzja mogłaby obejmować także obowiązek wypłaty *lucrum cessans*. Należy pamiętać jednak, że dowodzenie w zakresie utraconych korzyści jest najczęściej znacznie utrudnione, także przed sądem powszechnym.

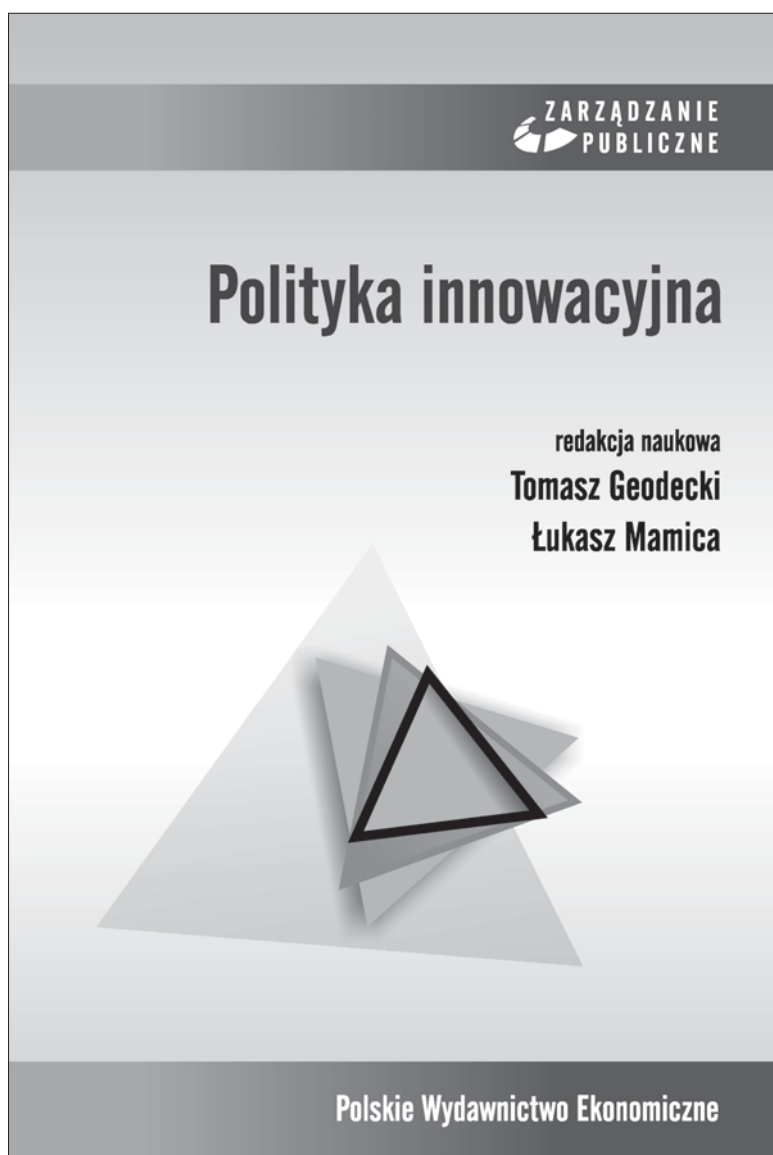
²⁸ Wynika to bezpośrednio z brzmienia art. 1 uokik, zgodnie z którym Prezes UOKiK podejmuje działania chroniące interesy przedsiębiorców i konsumentów wyłącznie w interesie publicznym.

²⁹ Np. decyzja nr RWR-46/2011 z dn. 29 grudnia 2011 r. ws. Energa Operator SA, decyzja nr RWR-47/2011 z dn. 29 grudnia 2011 r. ws. PGE Dystrybucja SA, decyzja nr DDK-18/2011 z dn. 30 grudnia 2011 r. ws. Polska Telefonia Cyfrowa SA.

³⁰ Ten sam problem powstanie na etapie odwołania od decyzji Prezesa UOKiK do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Po rządami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dn. 15 grudnia 2000 roku przedsiębiorcy mogli uzyskać status „podmiotu zainteresowanego”, co dawało im pewien wpływ na tok postępowania, zarówno administracyjnego, jak i odwoławczego (zob. uchylony art. 479²⁹ § 2 Kpc). Warto rozważyć *de lege ferenda* powrót do koncepcji zapewnienia stronom trzecim możliwości ograniczonego uczestniczenia w postępowaniach dotyczących środków zaradczych o charakterze odszkodowawczym.

³¹ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_pl.pdf. Dokument roboczy towarzyszy Komunikatowi Komisji w sprawie ustalania wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (2013/C 167/07).

³² K. Różewicz-Ładoń, *Postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję*, Warszawa 2011, s. 337–368.



We współczesnym świecie rośnie znaczenie innowacyjności jako głównego czynnika przewagi konkurencyjnej. Coraz większa jest zatem rola polityki innowacyjnej, która staje się jednym z najważniejszych narzędzi stymulowania rozwoju. W książce przedstawiono istotę innowacyjności i polityki innowacyjnej, wpływ innowacji na rozwój gospodarczy, metodykę pomiaru działalności innowacyjnej, instrumenty polityki innowacyjnej i ich klasyfikacje, narodowy i regionalny system innowacji, znaczenie miast w kreowaniu innowacyjności oraz rozwoju regionalnego i lokalnego, instytucjonalny wymiar polityki innowacyjnej. Wiele miejsca poświęcono w niej także ochronie własności intelektualnej oraz przemysłom kreatywnym.

Książka jest przeznaczona dla studentów zarządzania publicznego, administracji, gospodarki publicznej, polityki społecznej, ekonomii i zarządzania.

W księgarni internetowej PWE 10% taniej

e-mail: bialek@pwe.com.pl